Diss Uppsala 1964

ROBERT BOMAN

# OM ÅBEROPANDE OCH ÅBEROPSBÖRDA I DISPOSITIVA TVISTEMÅL

NORSTEDTS

# Om
# åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål

Av Robert Boman

P. A. Norstedt & Söners Förlag Stockholm

Akademisk avhandling.

Mit einer Zusammenfassung in deutscher Sprache:

Über Behauptung und Behauptungslast im dispositiven Zivilprozess.

© P. A. Norstedt & Söners Förlag 1964

Kungl. Boktryckeriet P. A. Norstedt & Söner Stockholm 1964

Till Elin Nordenberg
min första lärare.

# FÖRORD

Je ne suis point, mon frère, un docteur révéré,
et le savoir, chez moi, n'est pas tout retiré.
(Le Tartuffe, akt I, scen V)

Författaren till denna avhandling anser sig inte ha monopol på sanningen. Det vore förmätet och skulle strida mot all erfarenhet att tro, att de påståenden och värderingar, som här framläggas, skulle vara i allo riktiga och välmotiverade. Det är högst sannolikt, att misstag förekomma. Själv kan jag inte uppdaga dem. Detta är läsarens uppgift. Däri ligger, om uttrycket tillåtes, misstagens berättigande. De få läsaren att reagera, att kritiskt tänka efter, att själv ta ställning. Denna avhandling synes ha fyllt sin uppgift, om den kan fästa uppmärksamheten på ett vanligen förbisett processrättsligt problem, och om den förmår läsaren att själv begrunda detta.

Min lärare, professor Per Olof Ekelöf, har med aldrig svikande intresse bistått mig i avhandlingsarbetet och lämnat en mängd värdefulla synpunkter och uppslag. Det är mig angeläget att betyga min synnerliga tacksamhet härför.

Ett varmt tack vill jag också rikta till Juridiska Fakulteten i Uppsala för dess på flerfaldiga sätt visade välvilja ävensom till doctor iuris Gerhard Schmidt, som haft älskvärdheten att åtaga sig översättningen till tyska av avhandlingens sammanfattning.

Uppsala i april 1964.

J. Robert Boman

# INNEHÅLL

5 Förkortningar

7 Inledning. Undersökningens omfång. Begreppsbestämningar.

Begreppet åberopsbörda s. 8. Åberopsbördans fördelning och placering s. 9. Begreppen omständighet, rättsfaktum, bevisfaktum, grunden för käromålet, motfakta s. 10. Svarsfakta, replikfakta och duplikfakta s. 11. Begreppen åberopande och införande s. 11—14. Processmaterialet s. 12. När kan en utsaga tolkas som ett åberopande? s. 14—17.

18 Kapitel 1. Ratio legis. Materiell processledning

Dispositionsprincipen som motivering för åberopsbördan s. 18—19. Processekonomiska motiveringar s. 19—25. Åberopsbördans förhållande till RB 42: 2 s. 20—21. Civilrättsliga synpunkter vid åberopsbördans fördelning s. 25. Civilprocessens funktion s. 26.

27 Åberopandena och den materiella processledningen

Domarens medverkan till förtydligande av utsagors syfte och åberopandens precisering s. 28—29. RB 43: 4 s. 30. Ändamålen med detta stadgande s. 31—33. Materiell processledning med avseende på 1) moment i grunden eller i svarsfakta, som ej åberopats vid huvudförhandlingen s. 33—34, under förberedelsen s. 34—35; 2) alternativa grunder eller motfakta, som ej åberopats men väl införts vid huvudförhandlingen av part s. 35—37, genom bevisningen s. 37—38, under förberedelsen av part s. 39—41, i ingivna handlingar s. 41—43, av part som ej har åberopsbördan s. 44; 3) ej ens införda rättsfakta s. 44—45.

46 Kapitel 2. Vad skall åberopas?

Åberopandets objekt är rättsfakta s. 46. Varför bevisfakta ej skola åberopas s. 46—48.

48 Rättsfaktas rättsliga kvalificering

Någon sådan behöver i princip ej anföras s. 48. Kunna parterna påtvinga domstolen viss rättslig kvalificering av rättsfakta s. 48—59. Om denna möjlighet vid prejudiciella rättsförhållanden s. 49—56. Materiellt eller processuellt medgivande s. 50—52. Förhållandena vid förlikning om prejudiciellt rättsförhållande s. 54—56. Om möjligheten att påtvinga domstolen en viss rättslig kvalificering av andra komplexa rättsfakta s. 56—59. Möjligheten till fastställelsetalan därom s. 57 och förlikning s. 58. Uppenbart oriktiga erkännanden s. 59—61, kollusion s. 60.

62 Kapitel 3. Åberopsbördans omfång och åberopandets precisering

Alla rättsfakta skola åberopas s. 62, även motfakta s. 62—63, detta även vid svarandens utevaro s. 63—67. Notoriska rättsfakta s. 67. Indispositiva moment behöva ej åberopas s. 67—69, men domstolen är ej alltid skyldig efterforska dem s. 68.

69 Åberopandets precisering

Måste ett rättsfaktums olika moment åberopas var för sig? s. 69—77. Individualisering av grunden s. 70—71. Prejudiciella rättsförhållanden s. 71—72. Komplexa rättsfakta i

övrigt s. 72—73. Vid ostridighet behöva de olika momenten ej särskilt åberopas s. 72—73. Om betydelsen av att köparen invänder, att ett köp avsett något annat än säljaren påstått s. 74—76.

78 KAPITEL 4. ALLMÄNT OM ÅBEROPSBÖRDANS FÖRDELNING. OM KONTRADIKTORISKA OCH KONTRÄRA ÅBEROPANDEN

Vad fördelningen innebär s. 78. Termen kontradiktoriskt åberopande s. 79. Kontradiktoriska åberopanden omfattas i princip ej av åberopsbörda s. 79—82, ej heller förnekanden s. 80. Motsatta åberopanden som ej äro kontradiktoriska: icke-reklamation och viss reklamationshandling s. 82—85. Termen konträrt åberopande s. 85. Ett sådant omfattas av åberopsbörda s. 85. Konträra åberopanden gentemot påståenden om negativa rättsfakta s. 85—87. Åberopanden ifråga om visst pris avtalats vid köp s. 87—88. Konträra åberopanden mot positiva rättsfakta s. 88. Avgörande för nödvändigheten av konträra åberopanden är bevisbördans fördelning s. 88—89.

90 KAPITEL 5. VEM KAN ÅBEROPA?

Part, ställföreträdare, ombud, rättegångsbiträde s. 90—91. Åberopandes återkallelighet s. 90.

91 Åberopanden av medpart

Vid ordinär processgemenskap s. 91—93 och vid speciell s. 93.

94 Åberopanden av intervenient

Vid ordinär intervention s. 94—95 och vid självständig s. 95.

95 Åberopanden av motparten

96 1. Åberopandet är till fördel för den åberopande (anteciperat förnekande)

Svaranden åberopar icke-existensen av ett rättsfaktum, för vilket käranden har åberopsbördan s. 97—102. Käranden erkänner s. 97, förnekar s. 97—99, varken erkänner eller förnekar s. 99—101.
Svaranden åberopar existensen av ett rättsfaktum, då käranden har åberopsbördan för rättsfaktums icke-existens s. 101—102.
Sammanfattning s. 102.

102 2. Åberopandet är till nackdel för den åberopande (anteciperat erkännande)

Tolkning av RB 17: 3 p. 2 s. 103. Föregripande av invändningar s. 104. Käranden åberopar eljest svarsfaktum till sin nackdel s. 104—122.
A. Svaranden erkänner s. 105—107.
B. Svaranden uteblir s. 107—116. Skillnaden mellan olika sorters Einreden i tysk rätt s. 108. Preskription bör ej beaktas utan invändning av svaranden s. 109—112. Betalning s. 112—113. RB 44: 8 s. 115—116. Resultat s. 116
C. Svaranden förnekar s. 116—121. Tysk doktrin s. 117—119. Bevisning bör ej upptas s. 120. Resultat s. 121.
D. Svaranden varken erkänner eller förnekar s. 121—122.

122 3. Parterna lämna olika versioner av ett åberopat händelseförlopp

124 KAPITEL 6. ÅBEROPSBÖRDAN OCH STÄMNINGSANSÖKNINGENS INNEHÅLL. TREDSKODOMSSITUATIONER

Förhållandet mellan RB 17: 3 p. 2 och 42: 2 st. 1 mom. 1 s. 124. Vilketdera stadgandet skall tillämpas, då grunden är ofullständigt åberopad? s. 125—131. RB 42: 4 st. 1

ej alltid tillämpligt s. 131. Betydelsen av RB 44: 8 st. 2 i detta sammanhang s. 132—136. Tredskodom, vari käromålet bifalles, bör ej ges då grunden är ofullständig s. 135—136. Föreläggande enligt RB 42: 3 kan ej alltid sanktioneras med avvisning s. 136. En principiell skillnad mellan vad som skall åberopas enligt RB 17: 3 och enligt RB 42: 2 s. 137. Hur grunden lämpligen bör definieras s. 137—138.

139 Kapitel 7. Åberopsbördans fördelning enligt doktrinen

139 1. Tyskland

160 2. Österrike

165 3. Frankrike

Innebörden av begreppet *l'objet* s. 166—168 och *la cause* s. 168—172. Vilka rättsfakta måste åberopas enligt fransk rätt s. 172—176. Åberopsbördans fördelning s. 177—179.

179 4. Kontinental rätt i övrigt

Schweiz s. 179, Spanien s. 179—180, Nederländerna s. 180.

181 5. Norden

*Danmark* s. 181—184, *Norge* s. 184, *Finland* s. 184—185, *Sverige* s. 185—195. Tryggers åsikt s. 185—187, Kallenberg s. 187—190, Alexanderson s. 190—191, Olivecrona s. 191—194, Ekelöf s. 194—195, Bolding s. 195.

196 Kapitel 8. Principer för åberopsbördans fördelning

Grund contra motfakta s. 196. Förmånliga omständigheter s. 196. Dispositionsprincipen som fördelningsgrund s. 197. Rättssatsernas konstruktion s. 197—198. En möjlig fördelningsprincip byggd på hänsynen till processens ändamålsenliga anordnande s. 198—199. En materiellrättslig synpunkt härvidlag s. 199. Exempel 1: Åberopsbördan för ogiltighetsgrunder s. 199. Exempel 2: Åberopsbördan för betalning s. 200. Bör en fristående fördelningsprincip tillämpas eller bör åberopsbördans fördelning rätta sig efter bevisbördans? s. 200—205.

Kapitel 9. Åberopsbördans fördelning i särskilda fall.

206 »Rättsupphävande» fakta

Indelningen i rättsgrundande, rättsupphävande och rättshindrande fakta s. 206—207. Åberopsbördan för rättsupphävande fakta i allmänhet s. 207.

207 Åberopsbördan vid tioårspreskription

Varav rättsfaktum består s. 208. Bevisbördan för preskriptionsavbrott s. 209. Bevisbördan för fordringens ålder s. 209—211. Åberopsbördan för fordringens ålder s. 212—214 och för preskriptionsavbrott s. 214—216.

216 Åberopsbördan vid preklusion efter proklama

217 Omständigheter, som modifiera rättsföljden

Kapitel 10. Åberopsbördans fördelning i särskilda fall.

218 »Rättsgrundande» fakta

219 *I. Positiv handling av den förpliktade*

I allmänhet s. 219—221. Vid omkastad bevisbörda s. 221—223.

223 Åberopsbördan för försummelse enligt 23 § köplagen

Varav rättsfaktum består s. 223—224. Åberopsbördan för orsakssammanhanget s. 224—225. Åberopsbördan för säljarens culpa s. 225—233. Denna blir ej aktuell med mindre säljaren åberopat och styrkt ett orsakssammanhang s. 230. Åberopsbördan för »miljöfakta» s. 231—232, för motfakta mot »miljöfakta» s. 232—233.

233 Åberopsbördan för vållande vid lån
237 *II. Underlåtenhet av den förpliktade*
238 1. Åberopsbördan för avlämnande av godset

Bevisbördan härför s. 238. Åberopsbördans placering s. 238—240. Konträrt åberopande av huru avlämnandet skett s. 240.

240 2. Åberopsbördan vid köparens mora
241 3. Ytterligare frågor om åberopanden vid mora

Åberopsbördan och bevisbördan för att dröjsmålet med godsets avlämnande berott av köparen s. 241—242, för att godset hållits redo s. 242—244, för vad som avtalats om hur avlämnandet skolat ske s. 244—245.

245 4. Allmänt om åberopsbördan vid alternativa omständigheter
246 5. Åberopsbördan för innehav av fullmakt
247 6. Åberopsbördan för betalning i vräkningsmål
248 *III. Åberopsbördan för senare uppkomna »rättsgrundande» fakta*

I allmänhet s. 248—249.

249 1. Åberopsbördan för förfallodagens inträde

Bevisbördan härför s. 249. Åberopsbördans placering s. 250—252. Betydelsen av att förfallodagens inträde är processförutsättning s. 251—252. Konträra åberopanden om att ingen förfallotid respektive viss förfallotid avtalats s. 252—253. Ingen åberopsbörda för vad gäldenären har att anföra häremot s. 253.

253 2. Åberopsbördan för insolvens vid enkel borgen

Vari rättsfaktum består s. 253. Åberopsbördans placering s. 254—255.

255 *IV. Åberopsbördan vid giltighetsförutsättningar*
257 Kapitel 11. Svarsfaktum eller replikfaktum?

Åberopsbördan vid *reklamation* s. 257—258. Tillämpliga ändamålsresonemang s. 258—259.

260 Slutanmärkningar om åberopsbördans fördelning
264 Zusammenfassung
278 Citerad litteratur

# FÖRKORTNINGAR

| | |
|---|---|
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (1900, tysk) |
| CPC | Code de procédure civile (1807, fransk) |
| Dalloz | Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine en Matière Civile, Commerciale, Criminelle, Administrative et de Droit Public. Mensuel. |
| HB | Handelsbalken |
| HD | Högsta domstolen |
| HovR | Hovrätten |
| HR | Häradsrätten |
| JR | Justitieråd |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv, avd. I |
| NJA II | Nytt juridiskt arkiv, avd. II |
| PLB | Processlagberedningen |
| RB | Rättegångsbalken den 18 juli 1942 |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RPL | Lov om Rettens Pleje (1916, dansk) |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| SvJT | Svensk Juristtidning |
| TfR | Tidsskrift for Rettsvitenskap |
| TJFF | Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland |
| TSA | Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund |
| TVL | Lov om rettergangsmaaten for tvistemaal (1915, norsk) |
| ZPO | Zivilprozessordnung (1877, tysk) |
| ZZP | Zeitschrift für (deutschen) Zivilprozess |
| ÄRB | Äldre rättegångsbalken |
| ÖZPO | Zivilprozessordnung (1895, österrikisk) |

# Inledning
## Undersökningens omfång. Begreppsbestämningar.

RB 17: 3 p. 2 har följande lydelse: »Är saken sådan, att förlikning därom är tillåten, må dom ej grundas å omständighet, som icke av part åberopats till grund för hans talan.» Denna avhandling skall ägnas åt ett försök till en närmare analys av detta stadgande i syfte att klarlägga dess innebörd och praktiska betydelse.

Enligt sin formulering utgör RB 17: 3 p. 2 en regel för den domstol, som skall döma i målet. Stadgandet bestämmer vilka rättsfakta domstolen får upptaga som element i domsgrunden.[1] Därmed sammanhänger emellertid en annan viktig funktion, som icke direkt framgår av stadgandets ordalydelse, men som utgör en konsekvens därav. Stadgandet har nämligen betydelse icke blott för domstolens handlande utan även för parternas.[2] För en part i ett dispositivt tvistemål innebär RB 17: 3 p. 2 en erinran om att han måste vara på visst sätt verksam i processen. Om parten underlåter att åberopa ett rättsfaktum, medför ju detta den olägenheten för honom, att rättsfaktum icke kan läggas till grund för domen, såvida det skolat åberopas just av honom och ej av hans motpart.[3] Om en omständighet icke åberopats, kan domstolen icke döma däröver ens i det fallet, att den införts[4] i målet eller eljest är domstolen bekant. Detta gäller dock endast såtillvida, att det är i sin egenskap av rättsfaktum som omständigheten ej får beaktas. Däremot är domstolen oförhindrad att taga hänsyn till den som bevisfaktum.[5] Men om part underlåter att åberopa ett fördelaktigt rättsfaktum, går han miste om ett kanske väsentligt stöd för sin talan genom att detta då ej får läggas till grund för domen. Detta kan innebära, att parten tappar målet.

Det nu berörda förhållandet har i tysk doktrin betecknats som parts »Behauptungslast».[6] En motsvarande fransk term är »la charge de l'allégation».[7] I äldre svensk och finsk doktrin förekommer uttrycket »argumentationsskyl-

[1] Om denna term se Ekelöf: Grundbegrepp s. 59.
[2] Jfr Ekelöf a. a. s. 125 samt Rättegång I s. 31.
[3] Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 314 f., Olivecrona: Domen s. 99 f., Kallenberg II s. 700 not 23 samt Trygger: Bevisskyldigheten s. 327 f. Till frågan om ett åberopande av motparten kan avhjälpa olägenheten ifråga få vi anledning att återkomma. Se härom nedan s. 95 ff.
[4] Om denna term se nedan s. 11 ff.
[5] Se vidare nedan s. 46 ff.
[6] Jfr exempelvis Rosenberg: Lehrbuch § 114 II 1, Stein: Grundriss § 12 III 2, Kleinfeller § 89 III med not 9 samt III 1, Leonhard s. 192 ff., Hedemann s. 281 samt Hellwig: System I s. 466 (»Anführungslast»).
[7] Se Motulsky: Principes s. 87 f.

dighet».[8] I dess ställe har jag föreslagit termen »åberopsbörda»,[9] och denna kommer också att begagnas i det följande. Att en part har åberopsbördan för en omständighet betyder alltså, att denna part har att bära nackdelen av att omständigheten icke åberopats i målet och sålunda ej ingår i processmaterialet i egenskap av rättsfaktum.

Det sagda kan förtydligas genom följande exempel: Antag, att en kärande väcker talan om skadestånd och som grund för sitt ersättningsyrkande åberopar, att han halkat på gatan utanför svarandens fastighet och därvid skadat sig på visst sätt. Däremot påstår icke käranden, att svaranden eller hans folk förfarit på något sätt ovarsamt. Icke heller svaranden uttalar sig därom, ty denne bestrider käromålet på helt annan grund, t. ex. att ingen skada uppkommit. Frågan om ovarsamhet från svarandens sida blir därför icke alls behandlad i målet. Antag nu vidare, att domstolen vid överläggningen till dom finner, att vållande[10] är ett av de rättsfakta, som enligt gällande rätt utgöra en nödvändig förutsättning för att käromålet skall kunna bifallas. Då ingendera parten åberopat något i culpa-frågan, får domstolen emellertid som element i domsgrunden icke upptaga några omständigheter, som konstituera vållande, varken på det sättet att domstolen finner sådana ha förelegat, eller på det sättet att domstolen konstaterar deras icke-existens. Detta måste vara till nackdel för någondera parten, under förutsättning att denne vill ha framgång med sin talan.[11] Antingen brister det ju i angreppet eller också i försvaret. Domstolen ställs därmed inför spörsmålet att avgöra på vilken sida bristen ligger eller med andra ord att fastställa, vilken part som skall bära olägenheten av att intet åberopats i nämnda hänseende. Vi förutsätta, att domstolen icke kan undgå att taga ställning härtill genom att finna, att käranden i vart fall ej styrkt sitt påstående om skadan. Domstolen har nu att avdöma målet. Detta kan ske på två sätt. En möjlighet är att domstolen skriver: »Skadeståndsansvar förutsätter vållande. Käranden har icke ens påstått, att svaranden i något hänseende förfarit ovarsamt. Förty ogillas käromålet.» Då blir det alltså käranden som får olägenheten av att intet åberopats i culpa-frågan. Med den här använda terminologien innebär detta, att käranden har åberopsbördan med avseende på de omständigheter, som konstituera culpa. Den andra möjligheten för domstolen är att motivera domen på ungefär följande sätt: »Väl utgör det en förutsättning för skadeståndsskyldighet, att vållande kan läggas svaranden till last. Det ankommer dock på denne att göra gällande, att han icke förfarit ovarsamt. Då svaranden emellertid icke ens påstått, att han varit fri från vållande till skadan,

[8] Se Trygger a. a. s. 326, Sjöström s. 165; jfr även Matz s. 117 och Granfelt s. 83.
[9] Se min uppsats *Åberopsbördan i bilmål* i SvJT 1960 s. 387 ff.
[10] Om vållande som rättsfaktum se a. a. s. 394 ff. samt Olivecrona: Rätt och dom s. 219 f.
[11] Om termen talan se Ekelöf: Grundbegrepp s. 78.

bifalles käromålet.» I detta fall skulle åberopsbördan tydligen läggas på svaranden.

Mellan de båda alternativen föreligger dock en viss skillnad. Sådana rättsfakta, som bilda grunden för käromålet, måste käranden alltid åberopa för att överhuvudtaget ha någon möjlighet att vinna målet. Med motfakta[12] förhåller det sig ej på motsvarande sätt. I vårt exempel förnekade ju svaranden, att käranden alls skadat sig. Även om svaranden har åberopsbördan i culpafrågan och icke åberopat, att han är fri från vållande, kan svaranden trots allt vinna målet, nämligen om käranden icke lyckas styrka sitt påstående om att han skadat sig. Då brister det ju redan ifråga om grunden, varför det ej har någon betydelse för utgången av målet, att svaranden försummat att åberopa motfakta. Först sedan grunden fastställts, tagas motfakta upp till bedömning.[13] På grund av dessa »den successiva relevansens och den successiva verifikationens principer»[14] består ej alltid olägenheten av ett underlåtet åberopande däri, att parten förlorar målet. Så är förhållandet endast vid åberopandet av grunden. I övrigt medför ett underlåtet åberopande endast en risk att förlora målet, en risk som aktualiseras först när föregående led i kedjan av åberopanden befunnits såväl fullständiga som bevisade.[15]

Som framgått av det föregående, är åberopsbördan konstruerad på liknande sätt som bevisbördan. I intetdera fallet är det fråga om någon sådan skyldighet för part att vara verksam i målet, vilkens fullgörande kan framtvingas, utan blott om en för parten ofördelaktig passivitetsverkan.[16] Parten får handla efter eget gottfinnande men också på egen risk. Och liksom fallet är med bevisbördan, uppstå problem jämväl om åberopsbördans *fördelning*. Därmed förstås alltså frågor om vilka omständigheter som i olika typfall böra åberopas av käranden och vilka av svaranden. När diskussionen rör frågan om vilkendera parten som skall åberopa en viss bestämd omständighet, torde det dock vara lämpligare att tala om åberopsbördans *placering*.[17]

När här — och i det följande — talas om *omständighet*,[18] avses härmed i

[12] Om denna term se nedan s. 10 f.

[13] Visserligen skulle det praktiska resultatet bli detsamma, var domstolen än började sin prövning. Man skulle ju aldrig komma ifrån, att det bruste med avseende på grunden. Men det enklaste och mest systematiska är självfallet att börja från grunden.

[14] Se härom Olivecrona: Rätt och dom s. 208 f. Jfr även Ekelöf i SvJT 1961 s. 364 f.

[15] Med bevisade omständigheter likställas här erkända sådana. I övrigt bör ytterligare den modifikationen göras, att risken att förlora målet på grund av ett underlåtet åberopande ej alltid aktualiseras redan i och med att föregående led i kedjan fastställts. Antag nämligen, att svaranden kunnat åberopa tvenne alternativa motfakta, *A* och *B*, men nöjt sig med att påstå *A*. Risken för att förlora målet på grund av att *B* ej gjorts gällande blir då aktuell först när svaranden misslyckats med att bevisa *A*. På liknande sätt förhåller det sig, om *A* och *B* äro alternativa grunder för kärandens yrkande och denne åberopat blott *A*.

[16] Jfr Ekelöf: Rättegång I s. 171 f. med i noterna 3 och 4 anmärkta arbeten.

[17] Denna term användes även av Ekelöf, se t. ex. Rättegång IV s. 74 och 75.

[18] Vad här säges om termen *omständighet* gäller icke ordet *faktum*, vilket alltså ej kommer att begagnas i någon speciell juridiskt-teknisk mening.

regel vad som i motiven till RB benämnes omedelbart relevant omständighet, d. v. s. rättsfaktum.[19] Ofta består ett rättsfaktum icke blott av en enda händelse utan av flera olika moment. På varje sådant moment för sig är RB 17: 3 p. 2 tillämplig. För den händelse att momenten ha särskild betydelse i målet, något som dock ej är fallet när rättsfaktum i sin helhet är ostridigt, måste momenten särskilt åberopas för att domstolen skall kunna beakta dem.[20] Detsamma gäller för mera komplexa rättsfakta av typen »äganderätt»[21] och deras beståndsdelar. Den subtila frågan om huruvida flera omständigheter utgöra moment i ett och samma rättsfaktum eller flera särskilda rättsfakta skall här icke närmare beröras. Den praktiska betydelsen av denna distinktion synes nämligen vara tämligen ringa, när det gäller åberopandena.

Till skillnad från rättsfakta avses med *bevisfakta* medelbart relevanta fakta, d. v. s. sådana som i rättegång kunna få betydelse genom sitt bevisvärde.[22] Det bör härvid observeras, att en omständighet i ett och samma mål kan ha både omedelbar relevans som rättsfaktum och medelbar relevans som bevisfaktum för ett annat rättsfaktum.[23]

Av skäl, som ej kunna redan här redovisas, avses med *grunden för käromålet* samtliga de rättsfakta, för vilka käranden har åberopsbördan i första omgången, d. v. s. de omständigheter vilka äro tillräckliga för att hans talan skall kunna bifallas, om svaranden uteblir eller bestrider käromålet genom en obefogad rättsinvändning.[24]

Sådana omständigheter, vilkas existens medför, att grunden icke har den rättsliga betydelse, som eljest skulle tillkomma den, kallas med en av Olivecrona lancerad term för *motfakta*.[25] Men även motfaktas rättsliga betydelse kan upphävas av andra omständigheter. Dessa senare kallas också motfakta. Det kan därför vara lämpligt att ha olika namn på olika grupper av motfakta. Sålunda kallas motfakta mot grunden av Olivecrona för »motfakta av första graden», motfakta mot dessa senare i sin tur för »motfakta av andra graden» o. s. v. I denna avhandling kallas motfakta gentemot grunden för

[19] Motiven s. 204. Se även Gärde s. 166 samt Ekelöf: Grundbegrepp s. 57. Jfr för fransk rätts del Motulsky: Principes s. 73 ff.

[20] Se närmare nedan s. 72 ff.

[21] Äganderätt kan vara ett rättsfaktum, se Ekelöf: Grundbegrepp s. 16 med not 3.

[22] Se Ekelöf a. a. s. 57 och Rättegång I s. 24. Jfr även Gärde s. 166 f. och 574 samt Bolding: Bevisbördan s. 19.

[23] Se Ekelöf: Grundbegrepp s. 57.

[24] Se vidare nedan s. 137 f. Om termen *rättsinvändning* se Ekelöf: Rättegång I s. 22. — Med utevaro och obefogad rättsinvändning kan här likställas, att svaranden åberopar motfakta, vilka antingen sakna juridisk betydelse i förevarande sammanhang eller också icke bliva styrkta i målet samt omfattas av svarandens bevisbörda.

[25] Se t. ex. Olivecrona: Rätt och dom s. 205 samt Ekelöf: Grundbegrepp s. 61. — Om emellertid svaranden gentemot grunden åberopar ett faktum, som han tror vara ett motfaktum, men som i själva verket saknar juridisk betydelse, förefaller det lämpligast att *i målet* kalla även ett sådant faktum för motfaktum.

*svarsfakta*. I dispositiva mål har svaranden åberopsbördan för dessa. Motfakta mot svarsfakta benämnas *replikfakta*; för dem har käranden åberopsbördan. Därefter har svaranden i sin tur åberopsbördan för *duplikfakta*, d. v. s. motfakta mot replikfakta, käranden ånyo för *triplikfakta* o. s. v.[26]

Exempel: Säljaren yrkar som kärande utbekommande av köpeskillingen under åberopande av köpeavtalet (grund). Köparen gör invändning om visst fel i godset (svarsfaktum). Säljaren genmäler, att köparen före köpet undersökt godset utan att upptäcka något fel (replikfaktum). Häremot gör köparen gällande, att säljaren vid undersökningen på visst sätt förfarit svikligt (triplikfaktum).

Denna indelning bygger i dispositiva mål genomgående och uteslutande på åberopsbördans fördelning. Detta synes icke vara fallet med Olivecronas terminologi, för vilken bevisbördans fördelning torde ha avgörande betydelse.[27] I denna skillnad ligger den främsta anledningen till att här begagna en i viss mån avvikande terminologi. Till Olivecronas system få vi anledning att återkomma i det följande.[28]

Slutligen skola vi något uppehålla oss vid innebörden i begreppet *åberopande*. Detta är ett vanligt ord i RB och förekommer där i olika sammanhang.[29] Men i RB 17: 3 p. 2 kan åberopandet sägas ha en speciell juridiskt-teknisk innebörd. Man brukar skilja mellan att *åberopa* och att *införa* något i processen.[30] Skillnaden häremellan ligger delvis — men också bara delvis — i vem som företager processhandlingen ifråga. Sådant åberopande, som avses i RB 17: 3 p. 2, kan framställas endast av part eller av någon, som företräder parten.[31] Denna begränsning föreligger icke vid införande. Införa kan även vittne; sakkunnig; rättens ordförande; ja, envar som härvidlag kan vara processubjekt.[32]. Vidare är det endast rättsfakta som kunna bli föremål för åberopande i den här avsedda juridiskt-tekniska meningen. Andra fakta omfattas icke av RB 17: 3 p. 2 och kunna därför blott införas.

Visserligen kan en part mycket väl uttrycka sig så, att han säger sig åberopa ett faktum som bevis.[33] Ett sådant åberopande skiljer sig från ett åbe-

[26] De närmast följande äro quadruplikfakta, quintuplikfakta och sextuplikfakta. Jfr Savigny V s. 196.
[27] Jfr Ekelöf i SvJT 1961 s. 362 f.
[28] Se nedan s. 191 ff.
[29] Se t. ex. RB 6: 4 st. 1 mom. 3; 36: 2, 4, 16, 17 och 24; 38: 1 st. 1; 40: 19 st. 1; 41: 2 st. 2; 42: 2 st. 1 mom. 3 och 42: 8. Jfr även Ekelöf: Grundbegrepp s. 56.
[30] Även i tysk rätt skiljes stundom, dock mera sällan, mellan »behaupteten» och »erwähnten Tatsachen», se RGZ Bd. 151 s. 98. Enligt Rosenberg är denna uppdelning felaktig, se Lehrbuch § 60 I 2 b). Så tydligen också Hellwig: System I s. 431.
[31] Se vidare nedan s. 90 f.
[32] Om denna term se Ekelöf a. a. s. 29 f.
[33] Se även nedan s. 13. — Om den dubbla innebörden av uttrycket »åberopa som bevis» se Ekelöf a. a. s. 56.

ropande enligt RB 17: 3 p. 2 i vad avser rättsföljden av processhandlingen ifråga. Ett åberopande av ett bevisfaktum utgör nämligen icke ett villkor för att faktum ifråga skall få beaktas av domstolen.[34] I denna framställning likställas därför sådana åberopanden med varje annat införande av fakta i målet.

Emellertid kunna rättsfakta även införas, icke blott åberopas, och detta jämväl av part. Att införa är alltså det vidare begreppet, som täcker — förutom åberopanden enligt RB 17: 3 p. 2 — även åtskillig annan processuell verksamhet. Att ett faktum, om vi begränsa oss därtill, införes i målet kan helt enkelt ske genom att det omnämnes av något processubjekt eller i någon till domstolen inlämnad skriftlig handling eller iakttages av domstolen.[35] Därmed är dock ej sagt, att faktum ifråga ingår i *processmaterialet*. Endast sådant, som har eller kan ha betydelse för något domstolens avgörande, synes mig nämligen böra betecknas som processmaterial.[36] I processmaterialet för domen i tvistemål ingå sålunda ej sådana fakta, som införts blott under förberedelsen.

[34] Se vidare nedan s. 46 ff.

[35] Se Ekelöf: Rättegång II s. 313 samt Kallenberg II s. 12.

[36] Jfr Ekelöf: Rättegång I s. 22. — Antag t. ex., att det föres en process om tolkningen av en klausul i ett för övrigt ostridigt avtal. Käranden berättar under huvudförhandlingen om vad som förekommit vid avtalets ingående. Så tystnar käranden, och rättens ordförande frågar honom, om det vid tillfället ifråga hänt något ytterligare. »Nej», säger käranden, »sedan drack vi kaffe». Kaffedrickandet är i detta sammanhang ett helt ovidkommande och betydelselöst faktum. Att inrymma även sådana fakta i processmaterialet synes mig vara en överloppsgärning.

Det stöter emellertid på vissa svårigheter att giva en uttömmande definition av begreppet *processmaterial*. Såtillvida kan man visserligen säga, att RB 17: 2 st. 1 p. 1 bestämmer processmaterialets innehåll, som därigenom en gräns drages i tiden och rummet mellan vad som skall falla inom resp. utom processmaterialet för domen i målet (se Ekelöf: Rättegång I s. 22). Endast vad som hänför sig till huvudförhandlingen utgör sådant processmaterial. Undantag torde dock få göras vid sådan huvudförhandling, som hålles i omedelbart samband med muntlig förberedelse enligt RB 42: 20 st. 2, under förutsättning att domstolen icke ändrat sammansättning. Det synes i praktiken vara allmänt förekommande, att parterna vid s. k. liten huvudförhandling i huvudsak blott hänvisa till vad som förekommit under förberedelsen samt slutföra sin talan. I dessa fall kommer domen i realiteten att grundas på material från förberedelsen. Ehuru detta strängt taget står i strid mot ordalydelsen av RB 17: 2 st. 1 p. 1, synes förfarandet vara så praktiskt, att någon anmärkning ej kan riktas däremot. Det har också stöd hos Gärde s. 174 och 607. För säkerhets skull synes mig domaren dock böra vid huvudförhandlingen kontrollera parternas yrkanden och åberopanden, särskilt om dessa under förberedelsen berättat vitt och brett för att ge en fyllig bild av tvisten. Eljest kan det uppstå svårigheter att avgöra vad som åberopats (se även nedan s. 36). Givetvis får domen icke grundas på sådant, som förekommit vid annan muntlig förberedelse än den som omedelbart föregått huvudförhandlingen (se Gärde s. 174).

Om man alltså säger, att processmaterial för domen endast är det som hänför sig till huvudförhandlingen, så är naturligtvis icke därmed sagt, att allt sådant är processmaterial. Det kan här räcka med att framhålla, att parternas yrkanden och åberopanden i själva saken samt innehållet i dessa utgöra processmaterial, och detta även om de framställts i alternativ form. Vidare ingår bevisningen och dess innehåll i den mån det har med saken att göra. I övrigt får jag hänvisa till Ekelöf: Grundbegrepp s. 37 f.

Vidare sägas fakta kunna införas även på indirekt väg genom en slutledning, som domstolen gör på grundval av andra införda fakta.[37] Antag t. ex. att ett vittne omnämnt fakta *A* och *B*. Därav sluter sig domstolen till att även faktum *C* måste ha förelegat. Det är fullt klart, att *C* då kan beaktas som bevis.

Införandet av ett faktum i målet anses vara det första villkoret för att faktum överhuvudtaget skall kunna beaktas.[38] När det gäller rättsfakta, räcker det dock inte med införande; dessa måste särskilt åberopas av part för att domstolen skall kunna upptaga dem till prövning.[39] Åberopandet kan i detta fall sägas implicera eller rent av vara att karakterisera som ett slags yrkande om att domstolen måtte upptaga det åberopade i domsgrunden som stöd för sitt domslut.[40] Åberopandet är alltså icke enbart ett uttalande om ett sakförhållande utan tillika en begäran, att domstolen måtte på nämnda sätt beakta detta.[41]

Det har tidigare påpekats, att parter i en rättegång ofta säga sig åberopa icke blott rättsfakta utan även bevisfakta.[42] Detsamma kan vara fallet ifråga om rätts- och erfarenhetssatser. Det är ingalunda min mening att kritisera ett sådant uttryckssätt. Detta användes ju också, som redan berörts,[43] på sina håll i RB. Även här kan åberopandet ofta innefatta en begäran.[44] Men sådana åberopanden falla ej in under RB 17: 3 p. 2. Man kan ut-

[37] Se ovan i not 35 anförda arbeten.

[38] Med visst undantag för notoriska fakta, se Ekelöf: Rättegång IV s. 52 och Kallenberg II s. 12. Dessa torde kunna beaktas som bevisfakta, trots att de icke införts, däremot knappast i egenskap av rättsfakta. Om det senare fallet se nedan s. 67. Ang. tysk rätt se Rosenberg: Lehrbuch § 113 I 3. — Vad beträffar s. k. indirekt införda fakta vore det måhända mera stringent att här överhuvudtaget inte tala om införande. Det synes främmande för vanligt språkbruk att säga ett faktum ha införts i målet, då det i verkligheten aldrig ens omnämnts under huvudförhandlingen. Omnämnandet kan ju ej ha skett förrän vid domstolens överläggning till dom. Om rättens ordförande för faktum ifråga på tal under huvudförhandlingen, blir detta nämligen *direkt* infört. Det förefaller därför rimligare att beteckna även s. k. indirekt införande som ett undantag från principen om att införandet utgör ett villkor för beaktande. Överensstämmande Ekelöf: Rättegång IV s. 36 not 90.

[39] Med undantag för s. k. indispositiva moment. Se härom nedan s. 67 ff.

[40] Jfr Ekelöf: Grundbegrepp s. 56 och Rättegång I s. 23 samt Kallenberg II s. 13.

[41] I äldre tysk doktrin skulle detta möjligen ha utlagts så, att åberopandet vore en »Willenserklärung» och icke enbart en »Wissenserklärung» (jfr Planck II s. 104). Hellwig vänder sig med skärpa mot att så skulle vara fallet (System I s. 430 f.). Hans uppfattning bygger dock på att ingen skillnad i rättsföljdshänseende göres mellan att åberopa och att införa omständigheter (se ovan s. 11 not 30). Rosenberg avfärdar — synbarligen med rätta — hela denna distinktion mellan Willens- och Wissenserklärungen som »dogmatisch unfruchtbar» (Lehrbuch § 60 III). Jfr även Olivecrona: Rätt och dom s. 185 ff.

[42] Jfr ovan s. 11 vid not 33.

[43] Se ovan s. 11 not 29.

[44] Man kan lämpligen skilja mellan att åberopa ett bevisfaktum och att åberopa ett bevis. Medan det förra i så fall innebure en hemställan om att domstolen måtte beakta faktums bevisvärde, skulle det senare utgöra ett yrkande om att få förebringa beviset inför domstolen. Jfr RB 42: 22 samt Ekelöf: Grundbegrepp s. 56.

trycka saken så, att det inte är vilket åberopande som helst som kommer ifråga, när man talar om skyldigheten att åberopa eller åberopsbördan. Som tidigare framhållits kan ju ett och samma faktum åberopas både som omedelbart och som medelbart relevant. I båda fallen begär parten, att domstolen måtte taga hänsyn till faktum ifråga. Skillnaden mellan olika slags åberopanden kan sålunda icke uteslutande ligga varken däri, att ett åberopande i juridiskt-teknisk mening måste avse rättsfakta, eller i att åberopandet innefattar en begäran. Det avgörande är i stället åberopandets *syfte*. Relevanta enligt RB 17: 3 p. 2 äro endast de åberopanden, som taga sikte på den i detta lagrum uttalade rättsföljden, nämligen att det åberopade må såsom rättsfaktum läggas till grund för domen. De skola alltså implicera ett yrkande om just detta. Å andra sidan utgör ett sådant åberopande också en nödvändig förutsättning för rättsföljdens inträde.[45] Åberopandena kunna alltså uppdelas i två grupper, varav den ena faller inom ramen för RB 17: 3 p. 2 och den andra utanför. Den förra innefattar vad vi här kallat åberopanden i juridiskt-teknisk mening. Där åberopas omständigheter med hänsyn till deras materiellrättsliga betydelse. Åberopanden av fakta med hänsyn till dessas bevisvärde tillhöra däremot den senare gruppen och ha här, som tidigare nämnts,[46] jämställts med införande av fakta i allmänhet.

Om åberopandets syfte således är avgörande för dess relevans enligt RB 17: 3 p. 2, kan man fråga sig, hur pass tydligt detta syfte måste framgå. Man kan säga, att syftet såtillvida bestämmes objektivt, att, om part sagt sig åberopa eller icke åberopa en omständighet som grund för sin talan eller överhuvudtaget som rättsfaktum, domstolen rättar sig efter vad parten sagt, icke efter vad han avsett.[46a] Men om parten uttryckt sig annorlunda, måste rätten mången gång klarlägga, om parten avsett ett åberopande enligt RB 17: 3 p. 2 eller ej. Det säkraste är naturligtvis att fråga parten vad han menat. Men detta bör ej alltid vara ofrånkomligt. I vissa fall räcker det med att domstolen tolkar vad parten sagt. Sålunda kan man väl i regel förutsätta, att parten avsett ett åberopande enligt RB 17: 3 p. 2, därest det som anförts utgör ett rättsfaktum och parten helt kortfattat sagt sig åberopa detta, d. v. s. utan att precisera, huruvida omständigheten åberopats som rättsfaktum eller som bevisfaktum. Det avgörande kan ej heller vara, om parten använt ordet »åberopa» eller ej. Vissa andra uttryck som »påstå» och »göra gällande» måste anses synonyma i detta sammanhang. Men även om intet av dessa ord använts, bör det ej vara uteslutet att tolka partens utsaga som ett åberopande. Kallenberg hyste den åsikten, att »man praktiskt taget knappast behöfver göra skillnad emellan, att ett faktum anförts af part, som har fördel

[45] Bortsett från indispositiva moment, se nedan s. 67 ff.
[46] Ovan s. 12.
[46a] Jfr Stein: Grundriss s. 162 f.

af detsamma, och att det åberopats af samma part».[47] För den nu gällande rättegångsordningens del torde detta säkerligen vara att gå för långt. Motparten måste på ett tydligare sätt få utpekat för sig, vilka rättsfakta som han har att försvara sig mot. Att åberopandena noggrant fixerats under förberedelsen är också nödvändigt för koncentrationen av huvudförhandlingen.

Om part i stämningsansökningen eller i sin sakframställning vid huvudförhandlingen omnämnt ett rättsfaktum utan att särskilt framhäva, att han önskar åberopa det, torde man ofta nog kunna godtaga utsagan som ett åberopande, försåvitt omständigheterna i övrigt *klart* tyda på att parten avsett att åberopa omständigheten som rättsfaktum.[48] Men syftet skall stå klart icke bara för domstolen utan kunna antas vara uppenbart även för motparten. Utan särskilda skäl bör man sålunda ej antaga, att rättsfakta, som parten omnämnt under bevisupptagningen eller i pläderingen skola anses som åberopade. På detta stadium av målet skola ju åberopandena i princip vara fixerade och motpartens inställning till dem klarlagd. Och ju mer i förbigående ett rättsfaktum omnämnes, desto mindre skäl finns det att utan vidare godtaga detta som ett åberopande.

Mera sällan kan det väl i en välskött process bli tveksamt, huruvida klara och tydliga rättsfakta av dominerande betydelse åberopats eller ej. Men under förberedelsen och »på fel plats» under huvudförhandlingen kan det dyka upp t. ex. smärre moment i rättsfakta eller alternativa omständigheter. Om det då är ovisst, vad parten egentligen menat, bör rättens ordförande göra bruk av sin materiella processledning[49] och fråga parten, huruvida denne avsett att åberopa omständigheten som rättsfaktum.[50] Detta måste domaren veta icke blott när målet skall avgöras utan redan under förhandlingen. Om det är fråga om ett enligt RB 17: 3 p. 2 relevant åberopande, skall ju motparten tillfrågas om huruvida omständigheten erkännes eller ej.[51] Detta bör givetvis ske redan under förberedelsen. Det kan emellertid lätt hända, att domaren låter utsagan glida förbi utan precisering, eller att han först vid överläggningen till dom kommer till insikt om att faktum ifråga var en

[47] Kallenberg II s. 13. Kallenberg går t. o. m. så långt, att han härvidlag med parts »anförande» i stort sett likställer, att ett rättsfaktum omnämnts av ett på partens begäran hört vittne eller i ett av parten åberopat skriftligt bevis (a. st. not 4). En sådan ordning överensstämmer icke med RB 17: 3 p. 2. Kallenbergs mening liknar åsikter, som framförts i österrikisk litteratur, se hos Bayer s. 84 not 54 anförda arbeten. Bayer själv företräder dock den uppfattningen, att ifrågavarande rättsfakta icke få läggas till grund för domen (se s. 78 ff.).

[48] Se t. ex. rättsfallet NJA 1952 s. 535, kritiserat av Ekelöf i SvJT 1957 s. 307 ff.

[49] RB 43: 4 p. 3. Se härom vidare nedan s. 27 ff.

[50] Även om parten ej är juridiskt skolad och själv för sin talan, torde han i regel kunna förmås att uttala sig om huruvida domstolen enligt hans mening bör grunda sin dom på omständigheterna ifråga eller om han omnämnt densamma som bevis eller för att klarare belysa förhållandena kring tvistefrågan.

[51] Jfr Kallenberg II s. 59. — Något motsvarande kan ibland vara påkallat även beträffande bevisfakta.

omständighet av betydelse i målet. Ibland kan väl domaren vid överläggningen resonera på följande sätt: Antingen har parten avsett att åberopa omständigheten som rättsfaktum eller också har detta inte varit hans mening. I det senare fallet skall omständigheten ej beaktas. I det förra fallet har omständigheten emellertid, även om den skulle vara åberopad, ej blivit styrkt. Den ifrågavarande parten har bevisbördan härvidlag. Följaktligen kan hans talan inte heller i detta fall leda till framgång.[52]

På detta sätt kan det likväl ej alltid förhålla sig. Partens utsaga kanske vinner stöd av vittnesmål eller annan bevisning eller måste ändock tagas för god. Ja, omständigheten kan måhända rent av betraktas som erkänd på grund av vad motparten uttalat i samma fråga. I sådana fall — liksom då motparten har bevisbördan beträffande omständigheten — är åtskillig försiktighet från domarens sida påkallad av hänsyn till motparten. Domstolen bör ej låta vad en part sålunda anfört gälla som ett åberopande med mindre att även motparten måste antagas ha haft utsagans karaktär av åberopande fullt klar för sig. Denne kan t. ex. ha underlåtit att förebringa motbevisning just på grund av att han trott, att den anförda omständigheten icke varit åberopad. Denna motbevisning kunde kanske ha kullkastat eller avsevärt förringat värdet av den eljest förebringade bevisningen för omständigheten ifråga. Till och med om den otydliga utsagan skulle kunna betraktas som erkänd, inger det betänkligheter, att domstolen utan vidare uppfattar den som ett åberopande. Det kunde ju hända, att motparten trott motsatsen, och att han just av detta skäl underlåtit att åberopa motfakta, eller att han erkänt omständigheten i tro att den vore ett oväsentligt bevisfakum.

Därest vid överläggningen någon tvekan skulle råda om huruvida motparten insett utsagans karaktär av åberopande, synes det lämpligaste förfaringssättet för domstolen vara att, såsom Ekelöf föreslagit, kontrollera parternas ståndpunkter genom telefonsamtal.[53] Om det då visar sig, att meningen varit att omständigheten skulle åberopas som rättsfaktum, att motparten ej insett detta, samt att denne nu vill åberopa motfakta eller förebringa ytterligare bevisning eller också anför rimliga skäl för att återkalla sitt erkännande, då synes målet böra utsättas till fortsatt huvudförhandling.[54]

[52] Att i en sådan situation utsätta målet till fortsatt huvudförhandling för att utröna, om omständigheten åberopats eller ej, synes ej böra ifrågakomma. Om nämligen parten avsett att åberopa omständigheten som rättsfaktum, bör han få skylla sig själv, som ej förebringat tillräcklig bevisning därvidlag.

[53] Se Ekelöf: Civilprocessen II s. 198 f.

[54] RB innehåller visserligen ej någon direkt tillåtelse för domstolen att återupptaga huvudförhandlingen, sedan denna en gång på normalt sätt avslutats utan uppskovsbeslut. Men ej heller något förbud däremot är stadgat. Och ordalydelsen av RB 43:11 st. 2 täcker jämväl detta fall (»återupptages målet» efter »första förhandlingens *avslutande*»). Att återupptaga en redan avslutad huvudförhandling synes avgjort vara att föredraga framför att avdöma målet i dess bristfälliga skick med ett överklagande som trolig följd och kanske även återförvisning.

Någon tycker måhända, att det väl inte vore så farligt, om rätten i det enskilda fallet vore generösare med att betrakta parts diverse utsagor som åberopanden jämlikt RB 17: 3 p. 2. Jo, detta vore förvisso vådligt. För det första har domstolen då ordnat det så, att motparten icke haft möjlighet att försvara sig tillfredsställande, eftersom han icke haft klart för sig, att omständigheten krävde försvar. Och för det andra: skulle domstolarna betrakta diverse utsagor som åberopanden, skulle en motpart aldrig med bestämdhet veta, vad han hade att bemöta. Han skulle för säkerhets skull behöva gendriva varje utsaga, som möjligen kunde uppfattas som ett åberopande. Situationen skulle tendera att likna den, där ingen åberopsbörda funnes. Olägenheterna härav torde framgå av följande kapitel.

# Kap. 1.
# Ratio legis. Materiell processledning.

Innan en närmare analys av RB 17: 3 p. 2 kan komma till stånd, måste de ändamålsskäl klarläggas, vilka motivera stadgandet ifråga. Till att börja med kan då fastslås, att RB 17: 3 p. 2 utgör en tillämpning av dispositionsprincipen.[1] Enär parterna utanför rättegången ha full frihet att reglera sina angelägenheter efter gottfinnande, bör samma möjlighet icke vara dem betagen i processen.[2] Av skäl, som kunna i hög grad variera, kan en part önska, att en viss omständighet icke skall ingå i processmaterialet som rättsfaktum. Omständigheten kan vara svårbevisad; att åberopa den i målet kunde medföra, att rättegången droge ut på tiden eller eljest fördyrades. Omständigheten kan innefatta förhållanden, vilkas yppande kunde medföra, att konkurrenter finge skadlig inblick i partens affärer. Dessa och andra privatekonomiska överväganden kunna resultera i att parten föredrager att underlåta att åberopa omständigheten, t. o. m. med risk för att målet förloras, särskilt om tvisten ej rör ett större värde. Därtill kunna komma beaktansvärda förhållanden av mera personligt slag. Ett åberopande kan medföra, att parten själv eller någon honom närstående framstode i mindre god dager.[3] Det kan rent av hända, att parten av moraliska skäl icke vill stödja sig på sådant, som för honom ter sig ojuste eller mindre hedersamt. Även själva åberopandet kan framstå som ett ojuste angrepps- eller försvarsmedel. En svarande kan t. ex. draga sig för att göra en preskriptionsinvändning, därför att han vill göra rätt för sig, om skulden befinns vara obetald, och betraktar preskriptionsinvändningen som en otillbörlig undanflykt.[4] Sådana uppfattningar finns det ingen anledning att motarbeta. Självfallet gäller vad som här sagts endast rättsfakta, som äro förmånliga för parten, men några andra bör han icke heller vara skyldig att åberopa.

De här angivna skälen göra sig naturligtvis icke alltid gällande med samma styrka. Om en kärande har endast en grund att åberopa och omständigheterna däri för honom framstå som oundgängligen nödvändiga för att grunda hans yrkande, måste han ju vara beredd att åberopa samtliga för att överhuvudtaget ha någon utsikt till framgång med sin talan. Men långt ifrån alltid ligger det så enkelt till. Det *kan* vara ovisst, huruvida en »käns-

[1] I den mening som angives av Ekelöf: Grundbegrepp s. 266. Jfr dock Motiven s. 539.
[2] Se Ekelöf: Rättegång I s. 42. Jfr även Kallenberg II s. 11. Rosenberg: Lehrbuch § 63 II, Stein: Grundriss § 12 I, Wach: Vorträge s. 61, Fränkel s. 152 och Prieto Castro nr 179.
[3] Se exemplet nedan s. 19.
[4] Jfr Ekelöf: Processledning s. 14.

lig» omständighet har någon betydelse i målet. Därtill kommer att det i praktiken ofta förhåller sig så, att en kärande kan stödja ett och samma yrkande[5] på flera, alternativa grunder, eller att det inom en grund kan finnas alternativa moment. Antag exempelvis, att en dotter vill klandra sin avlidne faders testamente. Detta synes henne klart ogiltigt på grund av formfel. Därtill kommer emellertid, att det finns starka skäl till antagande, att testator vid upprättandet av testamentet icke var vid sina sinnens fulla bruk. Något sådant vill dottern dock ogärna åberopa t. ex. av känslo- eller familjeskäl eller av fruktan för att en fördelaktig affär, som fadern gjort under sin sjukdom, skall kunna bringas till återgång, såvida sjukdomen blir känd och rent av åberopats av henne själv i rättegång. I sådana fall kan käranden tro sig ha goda möjligheter att vinna målet den »känsliga» omständigheten förutan och därför våga underlåta att åberopa den. På motsvarande sätt förhåller det sig med svarandens talan. Denne kan tro sig ha utsikt till framgång genom att enbart förneka grunden. Och icke sällan kan en svarande finna flera alternativa omständigheter att andraga, vilka var för sig synas utgöra tillräckligt motfaktum och erbjuda ett hållbart försvar mot kärandens yrkande. Även käranden kan i sin tur ha alternativa replikfakta till förfogande. Det bör därför få ankomma på parten själv att avgöra vilka omständigheter han önskar grunda sin talan på.

Emellertid kunna även andra motiveringar till åberopsbördan uppställas. Härvidlag göra sig sådana synpunkter gällande, som mera direkt taga sikte på realiserandet av en ändamålsenlig rättegång. Om man tillämpar ett system med fördelad åberopsbörda, underlättar detta för parterna att bedöma, vilka rättsfakta som komma att få relevans i målet, och därmed även planerandet av den egna processföringen.[6] Genom att rättsfakta måste särskilt åberopas för att kunna läggas till grund för domen, begränsas rättegången till en tydligt utmärkt grupp av omständigheter, medan andra sådana hållas utanför målet. Antag t. ex., att käranden yrkat skadestånd av svaranden, att den förre i detta fall har åberopsbördan för vållande, samt att han till följd därav påstått, att svaranden vållat skadan genom oförsiktighet med eld. Då kan svaranden hålla för sannolikt, att annat vållande från hans sida icke får relevans i målet. Svaranden har alltså fog för sitt antagande, att utelämnade omständigheter icke komma att ingå i processmaterialet såsom rättsfakta. Han behöver då ej förbereda ett ståndpunktsta-

[5] Om yrkandets identitet se Ekelöf: Grundbegrepp s. 112 ff. och Olivecrona: Grunden s. 2.

[6] Jfr Ekelöf i SvJT 1957 s. 309. Se vidare s. 204. — Det sagda gäller även, om åberopsbördan är så fördelad, att det ankommer på ena parten att åberopa samtliga rättsfakta. Så är fallet i brottmål i den mån rätten icke har att beakta omständigheter även utan åberopande. Åklagaren har sålunda en åberopsbörda beträffande gärningen (RB 30: 3 p. 1), medan den tilltalade icke behöver åberopa något.

gande till och ett försvar mot dessa omständigheter, åtminstone icke till att börja med. Visserligen kan det hända, att käranden senare under målets gång kommer med nya åberopanden, i den mån detta icke innebär en otillåten ändring av talan. Även om svaranden ej har någon fullgod garanti däremot, kan han dock förhålla sig passiv i förlitan på att det ankommer på käranden att åberopa de utelämnade omständigheterna. Svaranden behöver åtminstone icke riskera, att hans egen aktivitet[7] eller den förebringade bevisningen giver domstolen anledning att beakta sådana rättsfakta, som det i en rättegångsordning med åberopsbörda ankommer på käranden att göra gällande. Och på motsvarande sätt ligger det till för käranden, om svaranden underlåtit att åberopa svarsfakta. Om det t. ex. är klart, att svaranden i ett kravmål har åberopsbördan för ogiltighetsgrunder, kan käranden räkna med att slippa argumentera och införa bevisning på dessa punkter, såvida svaranden icke gör någon invändning därom.

Mot det nu förda resonemanget skulle emellertid kunna resas följande invändning. Redan regeln i RB 42: 2 st. 1 mom. 1, att käranden i stämningsansökningen skall åberopa grunden för sitt yrkande, innebär ju, att svaranden får veta vilka omständigheter som han närmast har att ta ställning till.[8] För att uppnå detta resultat skulle det således icke vara erforderligt att gripa till åberopsbördan och dess fördelning mellan parterna. Vid någon eftertanke visar det sig dock, att det nämnda stadgandet icke på långt när förmår att tillgodose ifrågavarande ändamål. Till att börja med gynnar det endast svaranden, och detta blott i förhållande till grunden, icke till kärandens motfakta. För att finna ett motsvarande stadgande till förmån för käranden måste man tillgripa RB 42: 7 st. 1 mom. 3. Detta stadgande är emellertid icke sanktionerat på samma sätt som det förra. I RB 42: 3 och 4 har svaranden en viss garanti för att få veta, vilka rättsfakta som skola bemötas. Denna garanti består däri, att en otydlig stämningsansökan slutligen kan avvisas. Någon motsvarande garanti tillkommer icke käranden med avseende på svaromålet. Därför skulle det mycket väl kunna hända, att käranden ej finge helt klart för sig vilka motfakta han hade att bemöta. Men framför allt — om lagen icke vore så konstruerad, att rättsfakta måste åberopas för att få beaktas av domstolen, då skulle ju rätten kunna grunda sin dom på vilka omständigheter som helst, som dykt upp i processen, och sålunda även bifalla käromålet på en annan grund än den som anförts i stämningsansökningen. Nackdelarna härmed skola strax beröras. Mot dessa lämna reglerna om stämningsansökans och svaromålets innehåll icke något remedium. Att en grund klart angivits i stämningsansökningen gåve ju ej svaranden möjlighet att förutse, vilka nya omständig-

[7] Om åberopande av »fel» part se dock nedan s. 102 ff.
[8] Jfr Cars i SvJT 1960 s. 697.

heter till grund för kärandens talan som kunde dyka upp genom t. ex. vittnesmål eller domstolens egen aktivitet. Ej heller kunde käranden genom svaromålet få någon säker uppfattning om vilka svarsfakta han måste bemöta. I sådana fall kunde det t. ex. hända, att domstolen i en vittnesutsaga funne en icke åberopad alternativ grund för käromålet, vilken också kunde anses styrkt genom vad vittnet sagt. Svaranden, som ej haft anledning att befara detta, skulle då icke få tillfälle att försvara sig mot denna nya grund. Om åberopsbördan eliminerades ur den svenska processordningen, gåve RB:s bestämmelser om ändring av talan ej någon bot för de påtalade olägenheterna. Ett betydande utrymme för domstolen att beakta alternativa grunder och alternativa moment i grunden skulle nämligen alltjämt kvarstå. RB 42: 2 st. 1 mom. 1 kan således icke ersätta RB 17: 3 p. 2 ens när det gäller grunden för käromålet utan är främst att anse som en ordningsregel, vilken föreskriver den *tidpunkt,* då grunden måste vara åberopad, d. v. s. redan vid processens inledande.[10]

Låt oss för att belysa det sagda antaga, att rättsfakta i dispositiva mål finge läggas till grund för domen, trots att de icke särskilt åberopats. Ett villkor härför måste dock vara, att de införts i målet, eller att domstolen kunde sluta sig till deras existens på grund av vad som eljest införts. Eljest skulle ju parterna processa alldeles i blindo. Vi betrakta först det fallet, att domstolen ägde att ex officio införa rättsfakta. Det skulle vara ganska vanskligt att föra en rättegång under sådana betingelser. En noggrann domare kunde under målets gång föra på tal den ena omständigheten efter den andra för att undersöka, om de måhända hade någon relevans. Enligt gällande rätt kan domaren visserligen utnyttja sin materiella processledning[11] till att föra på tal även sådana rättsfakta, som icke åberopats. Men som det nu är, har part möjlighet att förhindra, att dessa nytillkomna rättsfakta upptagas i domsgrunden, genom att förklara, att han icke önskar åberopa dem. En sådan möjlighet stode honom ej till buds, om införandet vore relevant i stället för åberopandet. Så snart domaren omnämnt ett rättsfaktum under huvudförhandlingen, skulle det kunna läggas till grund för domen. Därigenom skulle koncentrationen av huvudförhandlingen äventyras, eftersom man väl icke gärna kunde neka den part uppskov, vilken funne sig böra förebringa bevisning beträffande omständigheten eller motfakta däremot. Och säkerligen skulle i sådana fall förberedelsen bli mera tidsödande och kostsam. En betydande del av domarens undersökning skulle väl också visa sig helt opåkallad, eftersom anledningen till att parterna underlåtit att själva införa

[10] Att det redan vid processens inledande föreligger en tydligt angiven grund är erforderligt för att frågor om litispendens och rättskraft skola kunna bedömas. Se nedan s. 124.
[11] Se härom nedan s. 27.

rättsfakta ifråga just kunde vara, att dessa i själva verket aldrig existerat eller eljest saknade betydelse, t. ex. på grund av ostridiga motfakta. Sådant kan ju icke domaren veta.[12] Och vad angår övriga av domaren införda rättsfakta, skulle säkerligen dessa långtifrån alltid visa sig vara ostridiga utan tarva en mer eller mindre kostsam bevisning. Det arbete, som parternas advokater kunde ha nedlagt på att »rensa» tvisten från oväsentligheter eller för att undvika särskilt konfliktladdade situationer, skulle delvis ha skett till ingen nytta. Vid processens början kunde parterna således icke göra sig någon föreställning om rättegångskostnadernas storlek och huruvida det överhuvudtaget vore ekonomiskt försvarligt att inlåta sig på rättegång.[13]

I vissa fall kommer därtill att domarens verksamhet att införa rättsfakta i målet kunde resultera i beaktandet av omständigheter, som huvudsakligen vore till förmån för ena parten. Motparten kunde då lätt få en känsla av att han hade domaren emot sig och att denne åsidosatte sin opartiskhet.[14] Som exempel kan nämnas ett enkelt försträckningsmål, där borgenären styrker sin fordran med ett skuldebrev. Vilka rättsfakta skulle väl här ligga närmast till för domaren att införa? Det torde väl vara svarsfakta: ogiltighetsgrunder och s. k. »rättsupphävande» fakta. Därmed skulle domarens verksamhet tendera att gynna svaranden, åtminstone om rättegångsordningen innehölle bestämmelser om att processen skulle begränsas till ett vid målets början individualiserat krav.

Låt oss emellertid antaga, att domstolen ej kunde grunda domen på vad den ex officio infört utan blott på vad som införts av parterna eller genom bevisningen. Skulle då de ovannämnda synpunkterna sakna betydelse? Jag tror inte det. Genom att utnyttja sin materiella processledning kunde nämligen domaren ofta nog uppnå precis samma resultat som om han haft rätt att grunda domen på rättsfakta, vilka införts av honom själv. Visserligen kunde väl ett rättsfaktum då icke läggas till grund för domen redan i och med att domaren frågade en part om hur det förhölle sig därmed. Men om parten på domarens fråga redogjorde för saksammanhanget, då vore omständigheten införd av *part* och kunde därefter upptagas i domsgrunden. Väl kunde parten neka att besvara domarens fråga. Men då kanske i stället motparten skyndade sig att lämna en redogörelse. Även därigenom bleve omständigheten införd. Endast om parterna vore ense om att icke uttala sig i frågan, kunde rättsfaktum hållas utanför målet, försåvitt det icke trots allt döke upp i bevisningen. Domaren kunde fråga vittnena om saken. Överhu-

[12] Jfr Olivecrona: Domen s. 99.
[13] Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 312 ff.
[14] Jfr Olivecrona a. st. — Argumentet kan begagnas även gentemot en alltför kraftig materiell processledning, se nedan s. 32.

vudtaget vore det omöjligt för part att utnyttja en omständighet enbart som bevisfaktum. Beträffande vad som införts genom bevisningen gäller även vad som ovan sagts om svårigheten att i förväg beräkna processens omfattning och dyrbarhet.[15] Det vore ju inte alltid så lätt att förutse, vad vittnena kunde komma att yttra sig om. Och det som en part trott vara bevisfaktum, skulle domstolen måhända beakta som rättsfaktum.

Antag exempelvis, att ett vittne under huvudförhandlingen omnämner ett faktum, som parterna förbisett. Partsombuden säga sig, att det är ovisst, om och i vilken mån detta nya sakförhållande har betydelse som rättsfaktum. Om detsamma finge läggas till grund för domen, kunde det i en sådan situation mycket väl hända, att någondera parten funne sig nödsakad att begära inställande av huvudförhandlingen för att kunna förebringa ytterligare bevisning om faktum ifråga eller motfakta däremot. Rörde målet ett mindre värde, kunde processkostnaderna därigenom bli oproportionerligt höga. En sådan anordning av rättegången torde överhuvudtaget ha en tendens att fördyra processen. Domstolen bör ju se till, att målet är så förberett, att huvudförhandlingen kan fullföljas utan avbrott.[16] Vid förberedelsen borde rättens ordförande därför söka föregripa alla överraskningsmoment genom att låta parterna redan på detta stadium taga ställning till alla tänkbara motfakta, alternativa grunder o. d. Det skulle därvid föreligga en icke obetydlig risk för att processen bleve onödigt invecklad och omfattande.

Om icke blott vad som åberopats utan även vad som överhuvudtaget införts kunde läggas till grund för domen finge parterna också vara betydligt mera på sin vakt och granska alla uttalanden och handlingar i målet med största uppmärksamhet.[17] Så snart en omständighet införts i processen, om blott för ett ögonblick, skulle parterna vara tvungna att taga ställning till den i dess egenskap av rättsfaktum.[18] Många gånger skulle väl parterna göra detta för att vara på den säkra sidan, om omständigheterna också blott skymtat fram,[19] varigenom processen onödigtvis komplicerades. Det kunde vidare hända, att omständigheten omnämnts i något sammanhang, där den framstått som skäligen betydelselös, och att den därför icke uppmärksammats av parterna. Därefter påpekar kanske en ledamot av rätten vid överläggningen till dom, att omständigheten faktiskt omnämnts. Vad skulle domstolen göra i en sådan situation? Ja, antingen döma direkt med beaktande av omständigheten ifråga, varigenom parterna komme att överrumplas. Eller också upptaga förhandlingen på nytt för att giva dessa tillfälle att yttra sig över om-

[15] Ovan s. 22.
[16] RB 42:6 st. 2.
[17] Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 321.
[18] Jfr Ekelöf i SvJT 1941 s. 123.
[19] Ja, så skulle bli fallet även om omständigheten blott framstode som en konsekvens av något som eljest anförts. Jfr ovan s. 13.

ständigheten. Parterna skulle då genast misstänka, att denna vore av stor betydelse i målet. Omständigheten skulle kanske visa sig tvistig, motfakta införas och parterna önska förebringa ytterligare bevisning, så att huvudförhandlingen måste uppskjutas. Hur domstolen än förfore, komme detta alltså att medföra nackdelar.

Ett system med åberopsbörda kan vidare verksamt bidra till att processen begränsas till vad som verkligen är tvistigt i målet. Särskilt om åberopsbördan fördelas på ett praktiskt sätt, kunna, som närmare skall utvecklas i det följande,[20] ostridiga omständigheter i icke ringa grad hållas utanför processen. Domstolen behöver alltså ej ödsla tid på att konstatera deras ostridighet. Som exempel härpå kan anföras ett vanligt kravmål, där käranden yrkar betalning för en fordran. Till en början antaga vi, att RB 17: 3 p. 2 ej utgjorde gällande rätt. Domstolen hade då att utan begränsning tillämpa den gällande rätten på målet. Härvidlag kunde åtskilliga lagbestämmelser tänkas ha aktualitet och inverka på domslutets innehåll. Det finns mångahanda rättsfakta, vilka skulle medföra ett ogillande av käromålet, om de konstaterades föreligga i det aktuella fallet. Fordringen kunde t. ex. vara betald eller preskriberad. I så fall skulle ju käromålet icke bifallas. Nu kunde det hända, att käranden i stämningsansökningen framhållit, att fordringen icke vore betald, något som i praktiken ofta förekommer. Eller också kunde det av ett bifogat skuldebrev framgå, att fordringen vore så gammal, att den kunde vara preskriberad. För att kunna döma i målet skulle domstolen då i princip vara tvungen att höra parterna åtminstone i vad avsåge betalning eller preskription samt eventuellt också över en rad andra tänkbara rättsfakta, därest domstolen finge beakta sådana oberoende av om de införts av part eller ej. Av dessa rättsfakta skulle åtskilliga vara ostridiga. Det kunde också vara alldeles klart mellan parterna, att de införda rättsfakta, betalning och preskription, icke förelåge i detta fall. En stor del av den möda, som domstolen nedlade på att utreda målet, skulle säkerligen visa sig vara till ingen nytta.

Antag nu i stället, att RB 17: 3 p. 2 skall tillämpas och domaren därtill vet, att det är gäldenären som skall åberopa betalning och preskription.[21] Då kan domaren resonera på följande sätt: Visserligen skall käromålet icke bifallas, om den omstämda fordringen är betald eller preskriberad. Dessa omständigheter kunna också anses införda i målet. Men det ankommer på svaranden att särskilt åberopa dem. Då han nu underlåtit detta, kommer det domstolen icke vid, om omständigheterna föreligga eller ej. Ovissheten på dessa punkter skall drabba svaranden. Alltså föreligger i detta avseende intet hinder mot att bifalla käromålet. — På detta vis slipper domstolen att befatta sig med ett antal rättsfakta, som varierar, allteftersom domstolen skulle

[20] Se nedan s. 198 ff.
[21] Se härom nedan s. 200 och 207 ff.

ha fått beakta blott införda rättsfakta eller även andra sådana. Utöver de omständigheter, som erfordras för att individualisera kärandens talan, kan därför processen enligt nuvarande system i stor utsträckning begränsas till de rättsfakta, som parterna verkligen vilja tvista om.[22]

Emellertid har ett system med fördelad åberopsbörda inverkan icke blott på rättegångens gestaltande. När det gäller bevisbördereglerna, ha ju dessa sin väsentligaste uppgift däri, att de bidraga till att de handlingsmönster, som uppställts i de civilrättsliga reglerna, vinna efterföljd i samhällslivet.[23] Det visar sig nu, att även åberopsbördan kan ha en liknande civilrättslig funktion. Som exempel härpå vill jag i detta sammanhang hänvisa till min uppsats *Åberopsbördan i bilmål*.[24] Där har jag sökt visa, hurusom placeringen av åberopsbördan med avseende på vållandefakta i mål enligt 2 § bilansvarighetslagen har stor betydelse för omfattningen av bilistens skadeståndsansvar. Lägges åberopsbördan på bilisten, förstärkes detta ansvar i icke oväsentlig grad mot vad som blir fallet, om åberopsbördan placeras på den skadelidande. Det kan visserligen ej antagas, att lagstiftaren varit medveten om detta förhållande, men detsamma måste dock beaktas vid bedömandet av åberopsbördans placering i bilmål. Liksom bevisbördan bör åberopsbördan fördelas »med hänsyn till vad som kräves för att syftet med rättsreglerna skall förverkligas».[25]

Trots att åberopsbördan således uppbäres av starka ändamålsskäl, har det likväl gjorts gällande, att den blott vore en frukt av formalistiskt tänkande och icke hade någon plats i ett modernt rättegångssystem. Per Augdahl har rent av uttalat, att åberopsbördans enda funktion vore att tvinga domstolen att döma mot bättre vetande.[26] Att Augdahl kan hävda detta torde ha sin förklaring i dennes åsikt om processens funktion. Han synes nämligen lägga den allra största vikt vid att domar äro materiellt riktiga. För att tillgodose detta krav måste domstolen få utan inskränkningar beakta allt som förekommit i målet.[27] Med samma skäl kunde man dock motivera tillämpningen av undersökningsprincipen i tvistemål.[28] Det är också betecknande, att totalitära regimer, t. ex. de kommunistiska och nationalsocialistiska, icke ha mycket till övers för tanken, att domstolen endast får beakta rättsfakta, som åberopats av parterna.[29]

[22] Helt kan rättegången ej alltid ens i dispositiva mål begränsas till dessa rättsfakta. Detta beror på förekomsten av indispositiva moment. Se härom nedan s. 67 ff.
[23] Se Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 157 ff. samt Ekelöf: Bevisvärde s. 14 f.
[24] SvJT 1960 s. 387 ff., särskilt s. 403.
[25] Citatet är hämtat från Olivecrona: Rätt och dom s. 214, där det emellertid endast avser bevisbördan.
[26] Per Augdahl i TfR 1942 s. 221 f. Jfr Rich. Schmidt s. 423.
[27] Så även Bernhardt s. 11.
[28] Jfr Matz s. 125 samt Wach: Vorträge s. 199.
[29] Se Ekelöf i SvJT 1941 s. 119 ff. samt Grundbegrepp s. 182 f. — Annorlunda i Italien under fascismen, se härom Troller s. 39 f.

Bakom kravet på materiellt riktiga domar kunna i somliga fall misstänkas ligga rättsideologiskt färgade föreställningar. Det torde emellertid vara förfelat att söka idealisera civildomen till ett rättvisans utslag om vad som inträffat i det förflutna.[30] Alla omständigheter bli ändå icke kända och kunna ej heller bli det.[31] Och att man med alla medel söker uppnå, att detta blir fallet, är icke heller önskvärt. Civilprocessen kan fylla sin funktion i rättsmaskineriet ändå och gör detta mycket bättre enligt nuvarande ordning. Om man nämligen utgår från att civilprocessens ändamål är att åstadkomma, att folk i allmänhet rättar sig efter civilrättens regler,[32] så måste man säga sig, att det vore olämpligt att göra processen så flytande och till sina gränser så svårberäknelig, att folk droge sig för att inleda rättegång. Det sistnämnda skulle nämligen innebära en försvagning av sanktionsmekanismen, som icke torde sakna betydelse för civilrättens allmänna efterlevnad. Antag exempelvis, att gäldenärer i allmänhet visste, *att* en rättegång skulle medföra en genomgång av samtliga omständigheter, som kunde inverka på borgenärens rätt, *att* borgenären till följd därav hade svårt att förutsäga resultatet av processen annat än i uppenbara fall, *samt att* borgenären till följd av rättegångens omständlighet satte ett avsevärt belopp på spel i form av rättegångskostnader. Nog skulle i så fall många gäldenärer spekulera i möjligheten, att borgenären icke vågade riskera en process, och därför underlåta att göra rätt för sig. Däremot kan sanktionsmekanismen mycket väl fylla sin uppgift, utan att en sanktion inträder i *samtliga* de fall, då förutsättningarna härför föreligga. Huvudsaken är, att så kan beräknas ske *i allmänhet*. Nej, domstolens uppgift är icke i första hand att auktoritativt fastställa »wie es eigentlich gewesen ist». Domstolens uppgift är framför allt praktisk, inriktad på framtiden och icke på det förflutna; den skall tala om för parterna vad dessa skola göra i ett läge, där förhållandet dem emellan förlamats av ovisshet, bristande vilja eller förmåga till samarbete.[33] Därtill skall domstolen — vid bifallen fullgörelsetalan — ställa exekutionsmöjligheter till förfogande för käranden. Givetvis måste domstolen vanligen[34] gå in på frågan om vad som tidigare inträffat och pröva sanningshalten i parternas påståenden. Men det synes omotiverat att göra detta i större utsträckning än parterna önska. I den mån dessa äro ense därom, böra de få presentera tvisten så som de finna mest förenligt med sina intressen.[35] Varför skola de ej få göra det, när de

[30] Jfr Olivecrona: Domen s. 41 ff. samt Rätt och dom s. 213.
[31] Jfr Walsmann s. 417.
[32] Jfr Ekelöf: Rättegång I s. 13 samt Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 153 ff.
[33] Jfr Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 148.
[34] Dock ej vid medgivande eller erkännande i dispositiva mål.
[35] På parts sanningsplikt och dess inverkan på åberopandena skall jag ej ingå i detta sammanhang. Enligt min mening strida endast medvetet oriktiga åberopanden mot RB 43:6 st. 1 (jfr härom SvJT 1960 s. 404 samt för tysk rätt Rosenberg: Lehrbuch § 61 VII 4). Vidare synes mig RB 43:6 st. 1 i vad angår dispositiva frågor vara motiverad

kunna efter gottfinnande ändra rättsläget genom avtal? Den synpunkten, att domar böra i största möjliga utsträckning vara materiellt riktiga, synes icke böra tillmätas någon vikt, där detta står i strid mot den parts önskningar, som har intresse av en riktig dom. Den civilrättsliga dispositionsbefogenheten bör därför ha sin motsvarighet inom processen. För många hedervärda jurister framstår visserligen den materiellt felaktiga domen som en styggelse. Men det behöver den inte vara. En sådan kan tvärtom fylla en för rättsmaskineriet viktig funktion.[36] Visst böra domar vara riktiga, men det räcker med att de äro det i den meningen, att processmaterialet bedömts på rätt sätt.[37]

Man kan vidare fråga sig, om det skulle innebära en större garanti för materiellt riktiga domar, att rätten finge ex officio beakta införda rättsfakta.[38] Detta kan ingalunda tagas för givet. Att ett rättsfaktum omnämnts av en part eller ett vittne behöver ju icke betyda, att det i verkligheten tillgått så som sagesmannen berättat. Om detta vore ovisst, skulle domstolen antingen behöva tillgripa en bevisbörderegel och grunda domen på denna. Därvid tillgodosåges ej kravet på en materiellt riktig dom i större utsträckning än då domen grundats på att omständigheten ifråga icke ens åberopats. Eller också finge man tillerkänna domstolen en generell rätt att ex officio införskaffa bevisning. Men att ex officio utreda målet skulle ställa rätten inför avsevärda svårigheter. Och likväl skulle materiellt oriktiga domar alltjämt avkunnas, eftersom bevisningen trots alla ansträngningar kunde visa sig intetsägande eller missledande. Överhuvudtaget skulle jag tro, att den, som i fastställandet av den materiella sanningen ser domstolens huvuduppgift, vanligen gör sig alltför stora illusioner om möjligheten att fastställa vad som är sanning.

Den som hävdar, att åberopsbördans funktion är att tvinga domstolen att döma mot bättre vetande, bortser emellertid från något väsentligt i sammanhanget, nämligen domarens materiella processledning. Vi skola nu närmast diskutera dennas betydelse i vad avser åberopandena.

*Åberopandena och den materiella processledningen.*

Antag t. ex., att en kärande vid förberedelsen i målet åberopat en omständighet till grund för sitt yrkande. Vid huvudförhandlingen glömmer han

huvudsakligen av hänsyn till motparten. Om båda parterna äro ense därom, böra de kunna presentera för domstolen en redogörelse för rättsfakta, som icke svarar mot verkligheten, åtminstone för så vitt tredje mans intresse icke därigenom trädes för när. Om parterna äro ense, har ju domstolen i regel små eller inga möjligheter att klarlägga vad som verkligen inträffat. I motiven till RB 35:3 uttalas visserligen, att ett uppenbart oriktigt erkännande icke vore för domstolen bindande (s. 447). Detta synes mig dock föga övertygande. Se härom nedan s. 59 f.

[36] Se Ekelöf: Bevisvärde s. 15 samt i SvJT 1941 s. 120.

[37] Jfr Wach a. a. s. 199.

[38] Jfr Welamson: Anslutningsvad s. 36.

emellertid att upprepa sitt åberopande. Rättens ordförande märker förbiseendet och inser, att käromålet utan detta åberopande måste ogillas. Det kan icke vara lämpligt att ordföranden då förhåller sig passiv och låter käranden först i domen få kännedom om sitt förbiseende. Följden därav skulle väl endast bli, att käranden genast vädjade till hovrätten och där framställde det bortglömda åberopandet.[39] Därigenom skulle ett kanske enkelt mål draga ut på tiden, processkostnaderna stiga, och hovrätternas arbetsbelastning öka.[40]

Det förhåller sig visserligen så, att RB 17: 3 p. 2 för att fylla sitt ändamål måste tillämpas rigoröst.[41] Men såsom Ekelöf framhållit, måste en sådan tillämpning »kompletteras med en viss materiell processledning från domarens sida».[42] Att domaren bör göra bruk av denna i det nyssnämnda exemplet synes mig fullt klart.[43] Icke heller motparten har ju något beaktansvärt intresse av att domaren förhåller sig passiv. Motpartens vinst därpå torde i regel endast kunna bliva, att rättegången förhalas. Detta står i strid mot en av huvudprinciperna i RB, den om förfarandets snabbhet.

En materiell processledning är oundgänglig även av andra skäl.[44] Om domstolen får lägga endast åberopade omständigheter till grund för domen, måste domstolen exakt veta, vilka dessa äro. Varje till sitt syfte otydligt omnämnande av ett rättsfaktum från den parts sida, som därvidlag har åberopsbördan, måste domstolen i regel slå ned på för att klarlägga, om utsagan var avsedd som ett åberopande eller ej. Visserligen kunna väl, som tidigare nämnts,[45] utsagor ibland få *tolkas* som åberopanden, för så vitt detta deras syfte måste ha insetts jämväl av motparten. Här skall blott nämnas ett ytterligare exempel.

Antag, att en part vid huvudförhandlingen avgiver en till sitt syfte otydlig utsaga, som under förberedelsen preciserats som ett klart åberopande. Att rättens ordförande då begär förtydligande av syftet torde ej alltid vara erforderligt. Om utsagan kommer någorlunda samtidigt med partens övriga åberopanden, torde den ofta nog kunna tolkas som ett åberopande, om den-

[39] För så vitt partens underlåtenhet ej berott på grov vårdslöshet eller denne haft något otillbörligt syfte därmed, lägger RB 50: 25 st. 3 icke hinder i vägen för ett nytt åberopande i hovrätten. Dessvärre vill det synas, som om stadgandet i praktiken tillämpas mycket sällan, trots att förutsättningarna härför då och då föreligga.

[40] Jfr Ekelöf: Processledning s. 9.

[41] A. a. s. 7.

[42] A. a. s. 8, se även SvJT 1957 s. 306. Jfr PLB. s. 444 f.

[43] Jfr Söderlund i Gärde s. 614. Undantag torde dock få göras för det fallet, att det uteblivna åberopandet kan läggas parten till last som grov vårdslöshet. Se nedan s. 38.

[44] Jfr följande uttalande av Wach (Vorträge s. 73): »Der Richter soll urtheilen auf Grund des Parteivorbringens. Da muss ihm verstattet sein, der Partei zu erklären: Dein Vorbringen ist unvollständig, in dem und dem Stücke unverständlich, unbewiesen; vervollständige, erläutere, beweise, wenn Du siegen willst. Nicht der Richter soll vervollständigen und beweisen. Er soll der Partei die Gelegenheit geben, es zu thun. Hier hüte man sich vor ängstlichem Formalismus.» Jfr dock nedan s. 32.

[45] Ovan s. 15.

na dess karaktär måste anses stå klar även för motparten. Men om rättens ordförande av någon anledning, t. ex. att motparten lämnar utsagan obesvarad, misstänker, att denne icke tror den vara ett åberopande, så bör den förre i klarhetens intresse begära precisering från den åberopande parten. Självfallet kan det aldrig vara fel att regelmässigt begära förtydligande, så fort det är det minsta ovisst, huruvida det rör sig om ett åberopande eller ej.

Vidare förefaller det tydligt, att, om ett rättsfaktum är åberopat i en alltför vid formulering, domaren bör begära en precisering av åberopandet, så att därav framgå de särskilda moment, varav rättsfaktum består.[46] Detta är ju rent av till gagn för motparten, eftersom denne då kan bättre bemöta vad som åberopats. Ett alltför allmänt åberopande kunde leda till att motparten missförstode detsamma och lade upp sitt försvar på ett olämpligt sätt. Om kärandens talan i stället ogillades på grund av att denne ej ens åberopat de ifrågavarande momenten,[47] skulle svaranden visserligen vinna målet i första instans. Men i regel skulle väl käranden vädja till hovrätten för att där lämna den erforderliga preciseringen. Svaranden finge då komma med sitt bemötande, vilket på detta vis ej kunde bli prövat i lika många instanser som eljest. Detta måste vara till nackdel även för svaranden.

Vårt exempel kan emellertid varieras på åtskilliga sätt. I somliga av variationsfallen blir tveksamheten betydligt större. Jag förutsätter genomgående, att det nya åberopandet icke innebär ändring av talan.[48] Exempel:

*Variation 1:* Käranden åberopar som grund för sitt yrkande ett händelseförlopp. Detta är såtillvida icke fullständigt, som ett i grunden ingående rättsfaktum eller ett moment däri utelämnats. Grunden blir därigenom icke bärkraftig. Den utelämnade omständigheten har varken åberopats vid förberedelsen eller vid huvudförhandlingen.

*Variation 2:* Svaranden åberopar ett motfaktum. Detta är på motsvarande sätt ofullständigt, eftersom ett moment däri saknas.

*Variation 3:* Käranden åberopar en grund. Processmaterialet giver anledning till antagande, att en alternativ grund existerar. Denna alternativa grund kan vara helt fristående från det åberopade händelseförloppet[49] eller också ha väsentliga omständigheter gemensamma med detta.

*Variation 4:* Svaranden åberopar ett motfaktum (eller inskränker sig till att förneka grunden eller göra rättsinvändning[50]). Processmaterialet låter ana, att ett icke åberopat motfaktum existerar.

[46] Ett exempel hos Skeie I s. 408 (nr 1).

[47] Det förutsättes naturligtvis, att rättsfaktum är tvistigt. Se nedan s. 71 ff.

[48] Jfr Kallenberg II s. 64.

[49] Enligt Olivecrona skulle väl här i princip alltid föreligga ändring av talan (se Grunden s. 21). Däremot torde enligt Ekelöf ett nytt åberopande av detta slag icke alltid innebära taleändring (se SvJT 1957 s. 321).

[50] Detta fall beaktas icke särskilt i det följande, ej heller den situationen att ett svarsfaktum åberopats och förnekats, varvid processmaterialet innehåller ett omnämnande av

*Variation 5:* Part åberopar ett rättsfaktum. Processmaterialet giver ingen anledning till antagande, att någon alternativ grund eller något icke åberopat motfaktum skulle existera. Rättens ordförande kommer likväl att tänka på plausibla sådana, eftersom han dels känner de aktuella rättsreglerna, dels av erfarenhet vet, att sådana omständigheter ofta förekomma.

Enbart dessa variationsfall kunna nu var för sig ytterligare varieras. Båda parterna eller endera av dem kunna uppträda utan ombud. Detta kan inverka på bedömningen av hur omfattande den materiella processledningen bör vara. Situationen kan vara annorlunda i högre rätt o. s. v.[51] Det kan därför icke ifrågakomma att här ingå på någon uttömmande behandling av problemet. Endast några mera allmänna reflexioner skola framföras. Vi inskränka oss därvid till underrättsprocessen.

RB:s stadgande om materiell processledning återfinnes i RB 43: 4, som emellertid gäller huvudförhandlingen. Ett uttryckligt stadgande om materiell processledning under förberedelsen saknas, för så vitt man icke skall anse RB 42: 6 p. 2 innefatta även denna domarens verksamhet. Ekelöf anser, att RB 43: 4 p. 3 har analog tillämpning på förberedelsen.[52] Såtillvida är detta säkerligen riktigt, att det — som Ekelöf framhållit — måste anses uteslutet, att den materiella processledningen skulle vara svagare under förberedelsen än under huvudförhandlingen.[53] Därmed är dock icke sagt, att den skulle vara lika omfattande i båda fallen. Den materiella processledningen under förberedelsen borde rimligen vara starkare än under huvudförhandlingen.

Vid tolkningen av RB 43: 4 p. 3 förefaller det lämpligast att utgå från de fall, som med säkerhet kunna anses omfattade av stadgandet. Därvid taga vi detta för vad det utgiver sig att vara, nämligen en föreskrift rörande huvudförhandlingen. Där materiell processledning beträffande åberopandena kan ifrågakomma på detta senare stadium av rättegången, måste motsvarande med desto större skäl gälla förberedelsen. Men en analog tillämpning är möjlig även i ett annat aveende.[54] Jämväl i övrigt är det tänkbart, att RB 43: 4 p. 3 under huvudförhandlingen — och därmed också under förberedelsen — kan tillämpas analogt på fall, som icke kunna inrymmas i dess ordalydelse. Och även om en sådan tillämpning icke är att rekommendera under huvudförhandlingen, kvarstår likväl till diskussion, huruvida detta även gäller på förberedelsestadiet. Som klara fall kan man icke anse andra än dem som tydligt omfattas såväl av ordalagen i RB 43: 4 p. 3 som av de ändamålsskäl, vilka uppbära stadgandet.

ett icke åberopat replikfaktum. De nedan (s. 35 ff.) anförda synpunkterna på variationsfall 4 torde mutatis mutandis täcka även dessa fall.

[51] Se Ekelöf: Processledning s. 4.

[52] Se a. a. s. 6 med där anförd litteratur.

[53] A. a. s. 6.

[54] A. a. s. 10.

Av dessa ändamålsskäl har ett redan nämnts, nämligen intresset av att förebygga överklaganden enbart för att i överrätten åberopa förbisedda rättsfakta.[55] Bortsett härifrån är det redan i och för sig önskvärt, att nytt material icke i betydande utsträckning åberopas i hovrätten, utan att denna kan begränsa sig till att i huvudsak kontrollera riktigheten av underrättens dom.[56] Ett tungt vägande skäl för materiell processledning, vilket dock har betydelse enbart med avseende på förberedelsen, är hänsynen till koncentrationen av huvudförhandlingen.[57] Målet bör så förberedas, att huvudförhandlingen kan fullföljas utan avbrott. Om sålunda en stark materiell processledning under förberedelsen gagnar koncentrationen av huvudförhandlingen, måste motsatsen sägas vara fallet beträffande processledningen under denna senare. Om domaren genom utövande av sin frågerätt föranleder part att under huvudförhandlingen åberopa nya rättsfakta, medför ju detta en risk för att motparten begär uppskov för att kunna bemöta dessa påståenden, som han ej haft anledning att vara förberedd på.[58]

Slutligen kan väl också anföras, att den materiella processledningen kan tjäna till att avvärja domslut, som te sig alltför formalistiska. Domstolen har här en möjlighet att undgå en dom »mot bättre vetande».[59] Visserligen ligger det väl någon sanning i den Jheringska paradoxen, att »formen är godtyckets svurna fiende och frihetens tvillingsyster». Men den materiella processledningen är icke en eftergift åt godtycket och får ej heller tillämpas godtyckligt. I själva verket rör det sig här om en sammanfattande beteckning för ett stort antal regler för domarens handlande.

Mot materiell processledning med avseende på åberopandena talar i viss mån, att domaren därigenom blandar sig i parternas processföring rörande något, varöver de i dispositiva mål ha uteslutande förfoganderätt.[60] Vidare kan domaren sätta sitt anseende för objektivitet i fara.[61] Dessa synpunkter framhävas särskilt i fransk doktrin som en förklaring till grundsatsen om »la neutralité du juge». Visserligen har den franske domarens processledande verksamhet numera utvidgats genom lagändringar.[62] Införandet av en »juge chargé de suivre la procédure» har medfört, att domstolen fått ökade möjligheter att på »förberedelsestadiet» påverka målets handläggning, vilken tidigare var ganska prisgiven åt parternas gottfinnande.[63] Men även om den

[55] Ovan s. 28.
[56] Jfr Ekelöf: Rättsmedlen s. 7 och 40.
[57] Se Ekelöf: Processledning s. 7.
[58] Jfr Ekelöf a. a. s. 9.
[59] Jfr ovan s. 25.
[60] Jfr Ekelöf a. a. s. 3.
[61] Jfr PLB. s. 445.
[62] I praktiken säges emellertid den materiella processledningen icke ha blivit nämnvärt starkare (se Motulsky: Allégation s. 357).
[63] Se Morel s. 346 nr 425 bis och s. 366 nr 456.

franske domaren kan begära vissa förklaringar av parterna, tillkommer det honom icke att söka påverka dessas yrkanden och åberopanden.[64] Detta kan för oss synas opraktiskt men sammanhänger säkerligen med advokattvånget i fransk civilprocess. Att parternas talan utföres av advokater innebär ju en viss garanti för att yrkanden och åberopanden presenteras för domstolen på ett lämpligt sätt.

Vad domarens objektivitet beträffar, skall denne självfallet bemöda sig om att framstå som opartisk. Han får icke giva sken av att hjälpa blott ena parten. Detta kan medföra, att domaren ibland bör vara mera återhållsam i sin materiella processledning.[65] Men risken för att betraktas som partisk är väl icke alltid lika stor. Den synes vara helt ringa, när domaren använder sin frågerätt för att part skall förtydliga sina påståenden och utsagor. Större blir risken däremot, om domarens syfte är, att parten skall komplettera sina åberopanden med nya sådana, särskilt om det icke gäller blott utelämnade moment i grunder och motfakta utan helt nya sådana. Risken för att bli betraktad som partisk bör dock icke överdrivas.[66] Mycket kommer an på domarens uppträdande och uttryckssätt. Han bör aldrig använda sin auktoritet till att söka tvinga fram ett åberopande. Domaren bör städse vara medveten om att det är parterna som ha den uteslutande bestämmanderätten över vad som skall åberopas. Om en part förklarar sig icke vilja åberopa en omständighet, måste domaren respektera detta.

En viss försiktighet i uttryckssättet från domarens sida är påkallad. Att denne framhåller för parten, att han icke kan vinna målet utan att åberopa omständigheten *A*, synes mindre lämpligt.[67] Därigenom utsättes parten för en påtryckning, som kan föranleda honom att mot bättre vetande åberopa *A*. Antag, att en kärande åberopat en grund men däri utelämnat det väsentliga momentet *A*. Det kan då vara lämpligt, att domaren ber parten om en fylligare redogörelse för saksammanhanget. Parten kan då komma att spontant nämna *A*. I annat fall kan nog domaren direkt fråga honom, om *A* möjligen förelegat. Endast om parten då svarar ja, eller om han spontant omnämnt *A*, bör domaren fullfölja saken genom att fråga om *A* åberopas. Däremot torde detta icke böra ifrågakomma, om parten förklarar sig oviss, och givetvis ej heller om parten direkt förnekar *A*:s existens.

Som argument mot en mera vittgående materiell processledning kan vidare åberopas, att advokater vid en domstol, där praxis är sådan, kunde tänkas inrätta sig efter denna praxis, förbereda sina mål sämre och förlita sig på att

[64] Morel s. 344: »Le juge ne connâit de l'affaire que ce que les parties veulent bien lui faire connâitre: il se borne, en général, à contrôler les prétentions des parties et les moyens de preuve qu'elles produisent.»

[65] Se ovan s. 22 vid not 14. Jfr även Fasching I s. 871.

[66] Se Ekelöf i SvJT 1941 s. 136.

[67] Överensstämmande Ekelöf: Processledning s. 14 not 33. Annorlunda Kallenberg II s. 64 samt Wach: Vorträge s. 73.

domstolen övervakade, att alla relevanta rättsfakta bleve åberopade, och att utredningen i övrigt fullständigades. Därigenom skulle domstolens arbetsbelastning öka, enär förberedelserna bleve mera tidsödande, utan att målen likväl bleve bättre utredda.[68] Advokaterna måste ju anses ha betydligt större möjligheter härvidlag. Deras förprocessuella arbete med att klarlägga fakta i målet, att rensa bort oväsentliga sådana och att jämväl i övrigt genom överenskommelser avstå från vissa åberopanden har en stor processekonomisk betydelse. Detta bör icke spolieras genom opåkallade ingripanden från domarens sida.[69]

Slutligen skall här endast anföras ytterligare något om ett tidigare nämnt skäl mot materiell processledning, avseende åberopandena *under huvudförhandlingen,* nämligen att något sådant kan äventyra koncentrationen av densamma.[70] Det måste anses fullt klart, att RB principiellt intager den ståndpunkten, att nya åberopanden böra framställas i så ringa utsträckning som möjligt under huvudförhandlingen. Detta framgår bl. a. av motiven till RB 43: 10. PLB uttalar i detta sammanhang: »Av bestämmelserna rörande förberedelsen framgår, att parterna under denna skola fullständigt angiva de omständigheter, varå de grunda sin talan. . . . Att helt avskära parterna från att sedermera åberopa andra omständigheter . . . torde emellertid icke vara lämpligt.»[71] Med hänsyn till de faror för koncentrationen av huvudförhandlingen, som nya åberopanden under denna medföra, har det tydligen ansetts önskvärt, att åberopandena i största möjliga utsträckning föreligga fixerade redan på förberedelsestadiet. Under sådana omständigheter måste man draga den slutsatsen, att det i vart fall är mindre önskvärt, att *rätten* genom sin egen verksamhet under huvudförhandlingen föranleder parterna att framställa nya åberopanden. Att detta skulle vara förbjudet kan dock icke anses framgå. Risken för uppskov behöver ej heller alltid vara lika stor. Om det nya åberopandet skulle avse ett ostridigt eller styrkt rättsfaktum, finns det mindre anledning till tveksamhet för domstolen att använda sin materiella processledning, för så vitt icke motparten kan befaras göra gällande tvistiga motfakta.

Därmed övergå vi till en diskussion av de ovannämnda variationsfallen och börja med *n:ris 1 och 2.* Först beaktas situationen under *huvudförhandlingen.* Gå dessa fall tydligt in under ordalagen i RB 43: 4 p. 3? Jag skulle vilja göra gällande, att detta med skäl kan hävdas. Att ett moment i ett rättsfaktum överhoppats vid åberopandet därav kan ju sägas innebära, att åberopandet blivit *ofullständigt.*[72] Att sådana luckor i åberopandena utfyllas genom

[68] Se Ekelöf: Processledning s. 12.
[69] Se även nedan s. 42.
[70] Ovan s. 31.
[71] PLB. s. 449.
[72] Se Ekelöf a. a. s. 7.

ingripande av domaren under huvudförhandlingen synes ej heller behöva medföra några större olägenheter. Därigenom undanröjes ju ett skäl för överklagande.[73] Typiskt sett torde domarens initiativ under huvudförhandlingen ej heller medföra, att motparten begär uppskov. Risken för att denne anser sig behöva förebringa bevisning, som icke redan finnes redo vid huvudförhandlingen, är väl i regel ej så stor, när det som här gäller enbart moment i ett förut åberopat rättsfaktum, ehuru det naturligtvis kan förhålla sig mycket olika alltefter det konkreta fallets art. Generellt sett ökar väl risken, om det är ett helt rättsfaktum som överhoppats. Men fördelarna med ett ingripande från domarens sida synas alltjämt övervägande. Att motparten skulle så knappt ha förberett sin talan, att han ej kunde vara beredd att under huvudförhandlingen taga ställning till det kompletterande åberopandet, kan beräknas vara mindre vanligt förekommande än motsatsen. Om båda parterna företrädas av advokater, torde motpartens advokat i regel böra räkna med möjligheten av att den felande partens ombud själv kommer att upptäcka bristen, särskilt som motparten i regel har behov av att utpeka denna som ett avgörande argument för att den andra partens talan skall ogillas. Om den utelämnade omständigheten verkligen existerat, finns det därför skäl att räkna med att den trots allt blir åberopad. Om det däremot föreligger en brist icke blott i åberopandet utan även i det faktiska händelseförloppet, har motparten givetvis mindre anledning att förbereda ett bemötande av det utelämnade. Men i så fall torde domarens materiella processledning mera sällan giva upphov till ett kompletterande åberopande. Det avgörande synes dock vara, att bevisningen vanligen kan beräknas vara gemensam. Vid luckor i åberopandena av nu ifrågavarande art synes därför RB 43: 4 p. 3 vara att tillämpa.[74] E fortiori bör domaren vid *förberedelsen* medverka till utfyllnaden. Beträffande svarsfakta kan detta även tänkas framgå av RB 42: 11 p. 3.[75]

När det gäller grunden för käromålet, finns ju för övrigt redan i RB 42: 3 en möjlighet för domstolen att tillse, att mera väsentliga ofullständigheter i åberopandena avhjälpas.[76] Framför allt torde detta böra gälla, när omständigheter utelämnats i sådan utsträckning, att grunden icke kan individualiseras. Men även i andra fall kan det vara på sin plats att begära komplettering av väsentligen ofullständiga åberopanden.[77] Och även denna domstolens verksamhet kan ju på sätt och vis sägas tillhöra dess materiella processledning.

[73] Jfr även LENT: Wahrheitspflicht s. 67.

[74] Jfr ZPO § 139 st. 1, vartill LENT a. a. s. 63 ff. Enligt ÖZPO § 182 st. 1 skall domaren medverka till att »die für die Entscheidung erheblichen tatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben ... vervollständigt ... werden».

[75] Jfr EKELÖF a. a. s. 6.

[76] EKELÖF a. st.

[77] Se vidare nedan s. 125.

Till stöd för att domaren skall påtala ifrågavarande luckor i åberopandena kan även anföras RB 35: 7. Antag nämligen, att en omständighet utelämnats i grunden för käromålet. Svaranden förnekar vissa av de åberopade omständigheterna. Käranden vill förebringa bevisning därvidlag. En sådan bevisning bör domstolen enligt RB 35: 7 icke tillåta, eftersom den uppenbart skulle bliva utan verkan. Även om samtliga åberopade omständigheter i grunden styrktes, skulle nämligen kärandens yrkande ändå ej kunna bifallas. Grunden skulle ju alltjämt vara ofullständig. På motsvarande sätt förhåller det sig med ofullständigt åberopade motfakta. Men att domstolen skulle avvisa bevisningen utan att bereda parten tillfälle till rättelse, måste väl anses uteslutet.[78] Under sådana omständigheter kan det icke vara felaktigt av domstolen att förebygga ett dylikt beslut genom att mera diskussionsvis fästa partens uppmärksamhet på bristen ifråga.

Vi övergå härefter till *variationsfallen 3 och 4* och betrakta först situationen under huvudförhandlingen. Även här gäller naturligtvis det förut nämnda skälet, att överklaganden enbart för att komplettera åberopandena böra undvikas. Men om en alternativ grund eller ett alternativt motfaktum åberopas under pågående huvudförhandling, synes detta innebära väsentligt större risker för uppskov än i de förra fallen.

I dessa fall synes nämligen motparten ha starka skäl att räkna med att de alternativa omständigheterna icke skola bli aktuella i målet. Det föreligger ju en i och för sig fullständig grund eller ett fullständigt motfaktum. Motparten har därför all anledning att tro, att den andra parten avstått från att åberopa andra tänkbara grunder eller motfakta. Och i detta fall har motparten själv ingen anledning att påpeka bristen i sitt bemötande. Att planera ett försvar mot utelämnade omständigheter kan därför i detta fall icke te sig påkallat. Vad bevisningen beträffar, kan denna icke i samma grad som tidigare beräknas vara gemensam för de först under huvudförhandlingen åberopade omständigheterna och de tidigare påstådda, särskilt icke om de nya rättsfakta bilda ett någorlunda fristående händelseförlopp. Om de däremot utgöra en utbyggnad av ett tidigare åberopat förlopp, kunna de väl ibland motbevisas genom de bevismedel, som finnas redo vid huvudförhandlingen, ibland icke. Men man kan ej förtänka motparten, att han behöver rådrum för att överväga om ytterligare bevisning erfordras eller om motfakta böra åberopas. Här synes alltså risken för uppskov vara generellt sett större än i fallen 1 och 2, därest domaren under huvudförhandlingen provocerar fram ett nytt åberopande.

Vad skall då domaren göra, om det under huvudförhandlingen framkommer, att en alternativ omständighet kan existera? Vad är att föredraga, risken för uppskov eller risken för överklagande? Något allmängiltigt svar härpå

[78] RB 12: 9 st. 2 p. 1 samt RB 42: 3 och 4 ex analogia.

är svårt att giva. Den lämpliga hållningen torde kunna variera med situationerna i de enskilda fallen. Antag t. ex., att den alternativa omständigheten omnämnes av den part, som därvidlag har åberopsbördan. Om det nu är tydligt, att ett enligt RB 17: 3 p. 2 relevant åberopande icke föreligger, bör domaren på detta stadium ej ingripa.[79] Parten har klart och tydligt angivit sin ståndpunkt, och i så fall lämnar RB 43: 4 p. 3 icke något utrymme för domarens frågerätt.

Mången gång torde det dock vara ovisst, om parten åsyftat, att omständigheten skall läggas till grund för domen som rättsfaktum eller ej. Att klargöra, om ett åberopande föreligger, är en typisk uppgift för domarens materiella processledning. Här är det icke blott önskvärt utan nödvändigt att klarlägga partens avsikt. Som tidigare anförts,[80] måste ju domstolen veta, vilka rättsfakta som den får upptaga i domsgrunden. Situationen faller också väl in under ordalagen i RB 43: 4 p. 3.[81] Detta behöver dock ej innebära, att domaren under huvudförhandlingen alltid skall ingripa och begära precisering av syftet med parts utsaga, så snart denne på ett otydligt sätt omnämner ett tidigare icke åberopat rättsfaktum. Det bör åtminstone vara plausibelt, att parten avsett ett åberopande enligt RB 17: 3 p. 2 eller i vart fall skulle avse detta, om han upplystes om verkan av ett åberopande. Så får i regel anses vara fallet, om parten omnämner omständigheten i sin sakframställning eller i en replik på motpartens sakframställning. Men ju längre huvudförhandlingen framskrider, desto mindre skäl finns det för domaren att ingripa. Sker omnämnandet under bevisupptagningen, kan det ofta antagas förhålla sig så, att parten endast avsett att upplysningsvis lämna en fylligare bild av händelseförloppet, eller att omständigheten omnämnes som bevisfaktum. Det torde finnas större anledning att misstänka ett åberopande, om parten med tyngd hävdar omständigheten ifråga i en kommentar till ett vittnesmål, än om rättsfaktum flyktigt omnämnes i en fråga till vittnet. I det senare fallet är det väl klart, att ett åberopande ej föreligger. Parten vänder sig ju inte till domstolen med sitt yttrande. Och om omnämnandet sker först under pläderingen, torde domaren ej böra ingripa utan starka skäl. Då rättegången fortskridit så långt, är det nämligen mindre sannolikt, att åberopanden framställas, och den part, som eventuellt ändå skulle önska detta, bör icke uppmuntras därtill. Det synes nämligen böra förutsättas, att parterna åtminstone

[79] Detta behöver ej innebära, att parten medvetet avstått från att åberopa. Exempel härpå nedan s. 40.

[80] Ovan s. 28.

[81] Därutöver ingår under RB 43: 4 p. 3 även det fallet, att utsagans karaktär av åberopande visserligen är klar men det åberopade rättsfaktum är otydligt angivet. Se Ekelöf a. a. s. 7.

i väsentliga delar rätta sig efter bestämmelserna om rättegångens förlopp, särskilt som dessa föreskriva en logisk och naturlig utveckling av handläggningen.[82]

Härefter övergå vi till frågan om domaren vid huvudförhandlingen bör provocera fram åberopanden av alternativa grunder och motfakta i andra situationer än då omständigheterna tillförts processmaterialet genom omnämnande av den part, som därvidlag har åberopsbördan. Det fallet, att omständigheten omnämnes av motparten lämnas här åsido.[83] Det typiska kvarstående fallet blir därför, att omständigheten införts i målet genom bevisningen.

Här måste domaren bland annat räkna med att ett kompletterande åberopande kan bli utan verkan, om vad parten redan gjort gällande är tillräckligt för att leda hans talan till framgång. Domaren bör ju icke i onödan komplicera målet. Däremot kan passivitet hos domaren icke motiveras därmed, att den alternativa omständigheten av skäl, som domaren ej känner till, kan vara irrelevant, att den i själva verket aldrig existerat, eller att dess verkan kan vara upphävd genom ostridiga motfakta. Om parten av dessa eller andra skäl icke vill åberopa omständigheten, medför det nämligen inga nackdelar att fråga honom därom. Parten kommer då att förklara sig avstå från åberopandet, och förhandlingen kan ostört fortsätta. Problemet ställes på sin spets främst då domaren har goda skäl att antaga, dels att parten verkligen skulle vilja åberopa den utelämnade omständigheten, dels att partens talan, där så ej sker, icke kommer att leda till framgång. I så fall synes risken stor för att motparten skall begära uppskov.

Skulle domstolarnas praxis utveckla sig så, att domaren i de avsedda fallen gör bruk av sin frågerätt främst när han tror, att parten eljest skulle förlora målet,[83a] kan denna praxis tänkas öka risken för uppskov. En advokat bör givetvis känna till praxis och veta, att, när domaren framställer sin fråga, hans

[82] Om en part själv för sin talan och saknar rättegångsvana, kan det för övrigt ofta vara lämpligt, att rättens ordförande vid huvudförhandlingens början giver honom en kort orientering om vad som skall ske. Till en kärande kan domaren t. ex. säga så: »Först skall ni nu tala om vad ni yrkar, och därefter skall vi höra, om svaranden medger eller bestrider. Sedan skall ni redogöra för och åberopa alla de fakta, som ni anser motivera ert yrkande, och som ni vill att rätten skall ta hänsyn till i sin dom. Sedan skall vi höra efter, vilka av dessa fakta som svaranden erkänner och vilka han förnekar (och om han i sin tur vill åberopa andra fakta, som han tycker medför, att ert yrkande skall ogillas. I så fall får ni i er tur yttra er över dem). Sedan vi fått fram vilka fakta som är ostridiga och vilka som behöver bevisas, så övergår vi till bevisningen. Därefter får först ni och sedan svaranden hålla slutanförande, där ni kan kommentera bevisningen och utveckla skälen för att ni skall ha rätt.» — Detta tar högst två minuter att säga och synes väl värt besväret, om det kan bidraga till klarhet och reda i handläggningen. Jfr ÖZPO § 432 st. 1.

[83] Om materiell processledning vid åberopande av »fel» part se nedan s. 104.

[83a] Om något verkligt ståndpunktstagande ifråga om målets utgång kan det givetvis ej bli tal på detta stadium utan blott om vaga intryck.

klients talan bedömts ligga illa till. Denna insikt måste göra advokaten benägen att regelmässigt svara med ett åberopande. Motpartens advokat inser å sin sida, att det nya åberopandet troligen är avgörande, och att han därför behöver rådrum för att taga ställning därtill.

Om motparten begär uppskov, kan man icke rimligen neka honom detta. Huvudförhandlingen måste alltså avbrytas. Då kan antingen fortsatt huvudförhandling enligt RB 43: 11 eller helt ny huvudförhandling komma ifråga. Fortsatt huvudförhandling innebär ett avsteg från koncentrationsprincipen. Ny huvudförhandling kan beräknas bli nödvändig, därest ny förberedelse erfordras med anledning av det nya åberopandet. Båda alternativen medföra förlust i tid och pengar. Å andra sidan kan man ibland befara, att, om domaren underlåter att provocera fram det nya åberopandet, hovrätten kommer att efter vad återförvisa målet till underrätten för ny behandling. Detta synes särskilt vara att vänta, då det nya åberopandet kräver ny förberedelse.

Under ordalagen i RB 43: 4 p. 3 torde dessa fall svårligen kunna inpassas.[84] Om någon otydlighet eller ofullständighet i gjorda uttalanden kan det väl knappast med vanligt språkbruk vara fråga. Möjligen skulle däremot andra punkten i samma stadgande vara tillämpligt. Närmast får man dock det intrycket, att den föreskriften, att rätten skall sörja för att målet blir uttömmande behandlat, endast avser målet sådant det avgränsats genom parternas yrkanden och åberopanden, samt att någon verksamhet från rättens sida i syfte att utvidga åberopandena icke varit avsedd.[85]

Däremot kan det väl sägas framgå av RB 50:25 st. 3, att rätten icke bör provocera part till åberopanden, som denne underlåtit av grov vårdslöshet.[86] Framställas sådana först i hovrätten, skola de ju avvisas. Parten borde därför icke kunna med utsikt till framgång överklaga underrättens dom för att få tillfälle att åberopa det försummade i hovrätten. Därmed skulle också ett av de viktigaste skälen för materiell processledning i detta avseende bortfalla.

Sammanfattningsvis kan följande sägas: Sådana anföranden av part, vilka med skäl kunna antagas vara avsedda som åberopanden, böra preciseras till sitt syfte genom ingripanden av domaren. I övrigt synes RB icke giva något direkt stöd för den uppfattningen, att rätten *vid huvudförhandlingen* bör använda sin materiella processledning till att förmå part att åberopa alternativa grunder eller motfakta. För den motsatta uppfattningen talar tvärtom avfattningen av RB 43: 4. Icke heller synes det tillrådligt att tillämpa detta stadgande analogt. Ett ingripande från domstolens sida medför alltför stor

[84] Se Ekelöf a. a. s. 10.

[85] Jfr PLB. s. 445: »(Rätten) skall även tillse, att *det av parterna förebragta* materialet på lämpligt sätt utnyttjas och allsidigt belyses» (kurs här). Detta uttalande förefaller närmast att vara en utläggning av RB 43: 4 p. 2. Stadgandet synes ha sin förebild i ÖZPO § 180 st. 3.

[86] Jfr Lent a. a. s. 68.

risk för att koncentrationen av huvudförhandlingen äventyras. Undantag bör möjligen göras för sådana fall, där uppskovsrisken är helt ringa, såsom när den införda omständigheten är ostridig eller styrkt och ej föranleder motparten att åberopa tvistiga motfakta. Men i övrigt skulle jag vilja förorda, att domstolen här i regel förhåller sig passiv och låter parten stå risken av att omständigheten icke blir åberopad. Detta kan väl också i någon mån bidraga till att advokater lägga ned större omsorg på att granska rättsfakta i målet samtidigt som det innebär en premiering av den gode advokaten, den som icke behöver skylla på glömska och förbiseende inför hovrätten. Väl kommer passiviteten att medföra en viss ökad frekvens av vademål. Men en skärpt materiell processledning kan ändå aldrig hindra, att nytt material esomoftast åberopas i hovrätten. Underrätten bör sålunda i regel koncentrera sig på de åberopanden, som framställts vid huvudförhandlingen, och inskränka sig till att söka avhjälpa ofullständigheter i dessa och otydligheter i andra uttalanden. Att i övrigt införa nytt material i rättegången synes icke stå i överensstämmelse med principerna för underrättsförfarandets gestaltning.

Man frågar sig nu, om domaren bör iakttaga samma regler vid *förberedelsen* som under huvudförhandling? I den mån denne ansetts böra ingripa under den pågående huvudförhandlingen, bör han naturligtvis även göra detta på ett tidigare stadium. Partsutsagor, om vilka man icke med säkerhet vet att de äro avsedda som åberopanden,[87] böra därför *alltid* begäras preciserade under förberedelsen, och det finnes därvid ingen anledning att göra någon skillnad mellan dem som avgivits i början av förberedelsen och dem som kommit först mot slutet. I övrigt synes domaren böra vara väsentligt mindre restriktiv i sin materiella processledning än under huvudförhandlingen.[88] Rätten skall ju tillse, att målet blir så förberett, att *huvudförhandlingen kan slutföras i ett sammanhang.* Och såsom ovan framhållits,[89] föreligger det stor risk för uppskov, om alternativa grunder eller motfakta åberopas först under huvudförhandlingen. Även om rätten då bör hålla sig i huvudsak passiv, kan ju parten själv under huvudförhandlingen komma till insikt om lämpligheten av ett nytt åberopande.

Det kan här inskjutas, att det vid skriftlig förberedelse knappast kan bli tal om en lika ingående materiell processledning rörande åberopandena, som när parterna äro tillstädes inför rätten. Domstolen torde sällan gå längre än till ett föreläggande för part att fullständigt och noggrant uppgiva de omständigheter, som han önskar åberopa. Visserligen kan domstolen i föreläggandet uppräkna ett antal otydliga uttalanden och begära, att parten i dessa

[87] Ett exempel härpå lämnar Ekelöf a. a. s. 1. Enligt min mening är detta avgjort ett fall, där rättens ordförande bör ingripa för att skingra ovissheten om utsagans karaktär.
[88] Jfr Ekelöf: Civilprocesssen II s. 196.
[89] Ovan s. 35.

avseenden skall precisera, om han avsett att åberopa omständigheterna som rättsfakta eller ej. Men detta ter sig ofta alltför omständligt. Vid mera betydande oklarheter härvidlag synes målet böra utsättas till muntlig förberedelse.

Om man bortser från de partsutsagor, vilkas karaktär av åberopande ej tydligt framgår, blir emellertid den materiella processledningen på förberedelsestadiet ett problem med ganska begränsat innehåll. Då är det ju främst genom parternas berättelser som rättsfakta införas i målet. De otydliga partsutsagorna ha redan behandlats. Klara åberopanden behöva ingen kommentar. Kvar stå de fallen, att rättsfakta införas genom partsutsagor, som *klart icke* äro avsedda som åberopanden, samt att de införts på annat sätt än genom partsutsagor. Det främsta exemplet härpå är att de omnämnas i till rätten ingivna handlingar, t. ex. i åberopade skriftliga bevis. Vidare ha vi den situationen, att en part omnämner ett rättsfaktum, som skulle kunna åberopas av motparten, vilken därvidlag har åberopsbördan. Det fallet slutligen, att domaren själv inför rättsfakta i målet, torde lämpligen hänföras till variation 5.

Det främsta skälet till att en utsaga kan anses klart falla utanför de enligt RB 17: 3 p. 2 relevanta åberopandena är naturligtvis, att parten uttryckligen säger, att omständigheten icke åberopas. Då finns det självfallet ingen anledning för domaren att fråga parten ytterligare därom. I övrigt kunna till denna kategori räknas t. ex. följande uttalanden av part:

1) Det hände visserligen så och så också, men det bryr jag mig inte om; eller det vill jag inte fästa avseende vid.

2) Det kan hända, att det förhöll sig så och så, men jag vill inte säga något bestämt om det = jag vill inte komma med något påstående därom.[90]

3) Att det verkligen förhåller sig så som jag påstår, bevisas av följande omständighet; varefter parten redogör för ett rättsfaktum.

4) För att rätten skall förstå, varför jag gjorde så, berättar jag, att det dessförinnan hänt så och så; det sålunda beskrivna utgör ett rättsfaktum.

De två första fallen synas helt likställda med dem, där parten uttryckligen säger ifrån, att omständigheten icke åberopas. De böra därför i nu ifrågavarande hänseende behandlas lika. I det tredje fallet är det fullt klart, att omständigheten åberopas i egenskap av bevisfaktum, icke som rättsfaktum. Och i det fjärde är det lika tydligt, att omständigheten endast nämnes upplysningsvis. Dessa senare fall kunna emellertid icke på samma sätt sägas innebära ett medvetet avstående från att åberopa omständigheten som rättsfaktum. Om parten eller hans ombud är juridiskt skolad, bör väl do-

[90] Skilj härifrån det fallet av klart åberopande, där parten uttrycker sig sålunda: Jag påstår, att det var så och så, men själv vet jag inte med säkerhet, hur det verkligen förhöll sig.

maren ofta taga utsagan för vad den är, åtminstone om han kan förutsätta, att parten eller ombudet inser utsagans och omständighetens karaktär och betydelse. Om parten med vetskap om konsekvenserna valt att uttala sig som han gjort, får han också antagas ha samtidigt avstått från att åberopa omständigheten som rättsfaktum. Men antag, att domaren misstänker, att parten eller ombudet förbisett omständighetens juridiska betydelse. Det rör sig kanske om ett invecklat mål, där det kan vara svårbedömbart, vad som verkligen har relevans. I sådana fall kan det vara lämpligt, att domaren upplyser parten om att det här är fråga om en omständighet, som kunde tänkas ha betydelse för utgången i målet, därest den redan åberopade grunden eller den redan framställda invändningen icke skulle leda till framgång. Därefter kan domaren direkt fråga parten, om det är riktigt uppfattat, att rättsfaktum ifråga icke åberopats till grund för partens talan. I annat fall finns det nämligen en icke obetydlig risk för att parten vid huvudförhandlingen formulerar utsagan annorlunda, så att den kommer att framstå som ett åberopande, varefter motparten begär uppskov.

Skulle domaren tycka det vara att gå för långt att upplysa parten om omständighetens eventuella betydelse och fråga, huruvida den åberopas, borde han i alla fall kunna kommentera utsagan genom att säga t. ex.: »Den här omständigheten åberopar parten alltså inte till grund för sin talan.» Denna kommentar kan komma mycket naturligt i anslutning till protokollföringen men tjänar likväl som ett memento, vilket åtminstone en advokat ej bör undgå att uppmärksamma. Men skulle parten sakna ombud, är det väl nästan ofrånkomligt, att domaren direkt frågar honom, om han inte vill, att domstolen skall lägga omständigheten ifråga till grund för domen.

Om omständigheten under förberedelsen framstår som ostridig, kunde man ju tro, att det funnes mindre anledning för domaren att ingripa än eljest. Risken för senare uppskov synes ju då icke så stor. Dock är det fullt tänkbart, att motparten anser sig icke längre kunna stå fast vid sitt erkännande, när han vid huvudförhandlingen erfar, att omständigheten åberopas som rättsfaktum. Däremot kan det vara lämpligare att domaren förhåller sig passiv, om parten synes ha goda utsikter att vinna målet den alternativa omständigheten förutan, eller om denna kan beräknas draga så stora kostnader för bevisning, att dessa icke stå i rimlig proportion till tvisteföremålets värde.

Vad därefter angår de alternativa grunder och motfakta, som upptagas i till rätten ingivna handlingar, kan det väl knappast begäras av domaren, att han skall taga mer än en flyktig del av innehållet i sådant, som ingives under pågående sammanträde för muntlig förberedelse. Frågan får därför aktualitet huvudsakligen vid fortsatt muntlig förberedelse samt beträffande sådana handlingar, som inkommit före första inställelsen.

Av de handlingar, som här kunna ifrågakomma, torde stämningsansökan,

skriftligt svaromål och genmälen i sak kunna lämnas åsido. Vad part där anfört om rättsfakta kan i nu ifrågavarande avseende helt likställas med vad han muntligen berättat vid förberedelsen. All anledning saknas att behandla skriftliga uttalanden annorlunda än muntliga, och det synes väl försvarligt att på otydliga skriftliga uttalanden tillämpa RB 43: 4 p. 3 analogt. Sådana uttalanden böra därför preciseras till sitt syfte genom förmedling av domaren under förberedelsen. Skillnaden är väl endast den, att otydliga uttalanden i regel förekomma i betydligt mindre utsträckning i de genomtänkta inlagorna än när part muntligen yttrar sig inför rätten.

Därefter kvarstå till diskussion huvudsakligen de skriftliga bevisen. Att ett rättsfaktum omnämnes i ett sådant kan aldrig medföra, att det anses åberopat.[91] Motparten måste på ett mycket tydligare sätt upplysas om vad han har att försvara sig mot. Icke heller kunna uppgifter om rättsfakta i skriftliga bevis anses falla in under ordalagen i RB 43: 4 p. 3. Som ovan framhållits, bör domstolen sålunda icke vid huvudförhandlingen taga fasta på sådana omständigheter och fråga om de åberopas. Men är samma passivitet lämplig även på förberedelsestadiet?

För egen del vill jag icke heller här hålla för uteslutet, att domaren ibland bör ingripa och fråga om rättsfaktum åberopas eller ej. Förhållandena i de särskilda fallen torde även här böra bli utslagsgivande. Det har givetvis betydelse, om den part, som har åberopsbördan för omständigheten ifråga, har juridiskt skolat ombud eller ej. Ja, även att motparten har sådant ombud kan tänkas inverka. Antag exempelvis, att båda parterna företrädas av advokater. Redan detta bör ha en viss hämmande inverkan på utövandet av domarens frågerätt. Antag vidare, att det framgår, att advokaterna underhandlat med varandra före rättegången, samt att dessa under förberedelsen visa en ingående kännedom om båda parternas ståndpunkter. I så fall bör domaren mera sällan göra bruk av sin materiella processledning med avseende på åberopandena. Det är nämligen sannolikt, att advokaterna redan på det förprocessuella stadiet rensat målet från sådana omständigheter, som sakna betydelse, eller som bidraga till att alltför mycket komplicera rättegången. Det kan rent av vara så, att man överenskommit om att käranden icke skall åberopa rättsfaktum *A* mot det att svaranden avstår från att åberopa *B*. Om nu domaren frågar kärandeombudet, hur det ligger till med *A*, och denne kort och gott svarar, att *A* ej åberopas, är visserligen saken ur världen utan tidsutdräkt. Men det kan verka irriterande på advokaterna, att domaren börjar »rannsaka» i ett mål, där de själva mena sig ha klart och tydligt angivit sina ståndpunkter. Äro parterna personligen närvarande, kan det dessutom föreligga en viss risk för att tidigare överenskommelser angående

[91] A. m. Kallenberg II s. 13 not 4. Härtill ovan s. 15 not 47 samt nedan s. 45.

åberopandena rivas upp, varigenom målet kompliceras. Det avgörande argumentet för passivitet synes emellertid vara, att man kan förvänta av en advokat, att denne icke oförmodat framställer nya åberopanden vid huvudförhandlingen annat än i de undantagsfall, där advokaten icke ägt eller bort äga kännedom om viktiga rättsfakta före huvudförhandlingens början. Om en advokat efter förberedelsens avslutande upptäcker nya rättsfakta, som han anser sig böra åberopa, är det ju praxis, att han icke väntar till huvudförhandlingen med att framställa de nya påståendena, utan att han i så god tid som möjligt dessförinnan underrättar både domstolen och motparten genom en skrift. Ett sådant förfarande måste också anses vara föreskrivet av RB.[92] Om parterna företrädas av advokater, bortfaller alltså i regel det argumentet för domarens materiella processledning, att passivitet medför risk för uppskov vid huvudförhandlingen. Detta gäller särskilt beträffande sådana omständigheter, vilkas relevans är påtaglig. I andra fall får dock domaren inte vara alltför rädd för att gripa in.

I detta sammanhang kan det också vara av en viss betydelse om det framstår som troligt, att parten icke vill åberopa den utelämnade alternativa omständigheten. Antag t. ex., att det rör sig om ett handelsmål. Handlingarna i målet innehålla vissa fakta, som göra det troligt, att ena parten förfarit svikligt. Detta bör domaren låta passera opåtalat.[93] Den part, som har åberopsbördan härvidlag, kanske icke alls önskar brännmärka motpartens affärsmetoder.

Om det kan antagas, att verkan av den införda men ej åberopade alternativa omständigheten troligen är upphävd av motfakta, eller att omständigheten eljest saknar betydelse, utgör detta ett skäl mot utövandet av domarens frågerätt. Parten skulle väl då endast besvara domarens fråga med en förklaring, varför omständigheten icke åberopades. Detta innebär visserligen ej så stor tidsutdräkt men är ändå en onödig komplikation. Där övervägande sannolikhet talar för att rättsfaktum saknar betydelse, torde domaren därför kunna förhålla sig passiv och därmed taga risken av att det oförmodat dyker upp vid huvudförhandlingen i ett åberopande.

I övriga fall, då omständigheten alltså förefaller vara av betydelse för att partens talan skall nå framgång, och särskilt då parten icke har ombud, synes domaren oftare böra utnyttja sin frågerätt. En förutsättning härför synes dock vara, att omständigheten kan befaras bliva åberopad vid huvudförhandlingen med uppskov som följd. Detta är givetvis svårt att bedöma, och domaren bör därför vanligen försäkra sig om att så ej blir fallet genom att göra bruk av sin materiella processledning. Stödet härför finner jag i RB 42: 6 st. 2. Då detta stadgande erhållit en så lakonisk avfattning, kan det

[92] RB 42: 22 e fortiori.
[93] Överensstämmande Ekelöf: Processledning s. 14.

emellertid ej betraktas som något rättegångsfel, att domaren i dessa situationer förhåller sig passiv.

Om det finns grundad anledning att antaga, att en part håller inne med sina åberopanden för att sedan kasta fram dem vid huvudförhandlingen i förhalningssyfte eller för att överrumpla motparten, menar jag det vara lämpligare, att rättens ordförande vid förberedelsen upplyser parten om innehållet i RB 43: 10, än att han låter parten hållas och vid huvudförhandlingen lämnar åberopandena obeaktade.

Vad slutligen angår sådana rättsfakta, som omnämnas eller rent av åberopas av den part, som icke har åberopsbördan därför, och vilka i själva verket äro till motpartens fördel, finner jag det lämpligt, att domaren frågar motparten om dennes inställning härtill. Om då motparten vitsordar utsagans riktighet, bör domaren direkt fråga honom, huruvida han kanske också vill åberopa omständigheten ifråga.[94] Därigenom kan domstolen undgå att senare taga ställning till det invecklade problemet om huruvida RB 17: 3 p. 2 är tillämplig på utsagan.[95]

Härefter skola några ord sägas om *variationsfall 5*. Då processmaterialet *vid huvudförhandlingen* icke innehåller något omnämnande av en alternativ omständighet, som domaren misstänker kunna ha relevans i målet, synes det aldrig vara lämpligt att föra omständigheten på tal. Det kan icke vara meningen med RB 43: 4 p. 3, att domaren på detta sätt skall införa fullständigt nytt material i rättegången.[96]

Icke heller *på förberedelsestadiet* torde domaren här i regel böra ingripa. Ekelöf framhåller visserligen, att domaren kan tänkas böra fråga om sådana rättsfakta, som han spontant kommer att tänka på.[97] Och Olivecrona har uttalat, att domaren borde föra på tal tänkbara grunder och invändningar, som han finge sikte på.[98] Av fortsättningen på Ekelöfs resonemang framgår det tydligt, att denne endast avsett av parterna införda rättsfakta. Olivecronas formulering synes icke heller motivera det antagandet, att han menat domaren böra undersöka den eventuella förekomsten av sådana rättsfakta, som denne kommit att tänka på enbart på grund av sin erfarenhet och lagkunskap, men vilka ej finnas antydda i målet.

Möjligen får man dock här göra undantag för vissa fall, då parterna processa utan ombud. Det kan fortfarande förekomma på landsbygden, att parter infinna sig till första inställelsen utan att ha förberett sin talan, emedan de förlita sig på att häradshövdingen nog skall ordna allt till det bästa och tillse, att rättvisa skipas. Att lämna en sådan part utan hjälp kan te sig motbju-

[94] Jfr Ekelöf a. a. s. 9 f.
[95] Härom se nedan s. 102 ff.
[96] Jfr för österrikisk rätt Bayer s. 77. Längre går dock Neumann I s. 786.
[97] Se Ekelöf: Processledning s. 11.
[98] Se Olivecrona: Domen s. 100.

dande och formalistiskt. Det är väl ej heller önskvärt. Här bör det kunna ifrågakomma, att domaren på ett varligt sätt »rannsakar» i målet.[99] Men han bör akta på att icke överträda RB 17: 3 p. 2. Det slutliga avgörandet, huruvida ett rättsfaktum skall åberopas eller ej, måste alltid överlämnas åt parten.

Ytterligare problem kunde väl förtjäna att upptagas till behandling i detta sammanhang. Detta skulle dock spränga ramen för denna avhandling. Endast ett mera allmänt uttalande av KALLENBERG skall avslutningsvis beröras. Sålunda anför denne:

»En (annan) fråga ... är den, huruvida domstolen eger verka för, att käranden, som åberopat en viss, icke bärkraftig grund för sitt yrkande, i stället åberopar en annan grund. Gifvetvis afses endast sådana fall, i hvilka åberopandet af en ny grund icke innefattar en obehörig ändring af talan. Det bör enligt min mening antagas, att domstolen icke öfverskrider sin befogenhet, om den gör käranden uppmärksam på, att den af honom åberopade grunden icke är tillfredsställande, och att han därför bör ersätta den med en annan, men så långt eger domstolen härvid ej gå, att den ger käranden anvisning på något visst konkret rättsfaktum, egnadt att stödja hans talan.»[100]

Att domstolen icke bör utöva sin materiella processledning på det sätt, som KALLENBERG rekommenderar, ha vi tidigare gjort gällande.[101] Här skall endast behandlas omfattningen av domarens frågerätt enligt KALLENBERG. Därvid synes det här citerade uttalandet böra sammanställas med vad KALLENBERG ansåg om åberopandena.[102] Såsom tidigare framhållits, menade ju KALLENBERG, att man knappast någonsin behövde göra skillnad mellan att part uttryckligen åberopat en omständighet och att han blott anfört denna, varmed även kunde likställas att omständigheten omnämnts av ett sådant vittne eller i en sådan skrift, som parten åberopat.[103] De flesta av de ovan behandlade fallen borde därför enligt KALLENBERG icke utgöra några problem. Dessa borde helt enkelt bedömas på samma sätt som klara åberopanden! I så fall kunde det väl icke vara erforderligt, att domaren gjorde bruk av sin frågerätt. Den materiella processledningen synes enligt KALLENBERG bli aktuell först i andra situationer, och av dessa återstå väl icke så många praktiska fall än dem som här ovan hänförts till variation 5.

[99] Jfr EKELÖF: Civilprocessen II (1 uppl.) s. 463.
[100] KALLENBERG II s. 64. Härtill se EKELÖF: Grundbegrepp s. 223. Jfr LENT: Zivilprozessrecht s. 21 f.
[101] Ovan s. 32.
[102] Ovan s. 14 f.
[103] KALLENBERG II s. 13.

# Kap. 2.
# Vad skall åberopas?

I detta kapitel skola vi behandla frågan om åberopandets objekt. Vad är det som enligt RB 17: 3 p. 2 skall åberopas?

Stadgandet angiver detta. Föremålet för ett åberopande i teknisk mening skall vara en »omständighet». Endast vad som kan betecknas med detta ord, d. v. s. fakta,[1] faktiska förhållanden och händelseförlopp, kommer här ifråga. Däremot avses ej faktas rättsliga kvalificering.[2] Detta hindrar dock ej att fakta kunna åberopas som ett komplex, åsatt en viss juridisk etikett, t. ex. köpavtal, äganderätt.[3] Vidare måste det röra sig om en omständighet *till grund för talan*. Med detta uttryck avses rättsfaktum.[4] Åberopande av bevisfakta faller alltså icke in under RB 17: 3 p. 2.[5]

Skälet till denna skillnad mellan rättsfakta och bevisfakta har av EKELÖF angivits vara de förras dominerande betydelse i processen.[6] Rättsfakta bestämma ju — jämte yrkandena — vad processen skall röra sig om. Om det icke fastställes, vilka rättsfakta som ha relevans i målet, blir dess innehåll flytande och obestämt. Motpartens möjligheter att förbereda och utföra sin talan försvåras i avsevärd grad. Däremot vore det föga rimligt att kräva åberopande även av bevisfakta. Att dessa fixeras lika strängt är ej på samma sätt nödvändigt av hänsyn till motpartens möjligheter att förbereda sin talan.

Åberopandet av bevisfakta tjänar ju till att åstadkomma en sådan bevisning för det sanna eller falska i ett påstående, att domaren finner denna ha den erforderliga bevisstyrkan.[7] I och med att domaren tagit del av ett bevisfaktum, har det vanligen också börjat inverka på hans uppfattning om bevisningens styrka. Det är så gott som omöjligt att förtaga denna verkan och försätta domaren i samma psykiska läge som före iakttagandet, särskilt som domaren slutligen måste grunda sin uppfattning på en intuitiv bedömning av bevismaterialet.[8] Om bevisfaktum överhuvudtaget haft ett bevisvärde, har domaren i regel icke kunnat undgå att bliva åtminstone något påverkad därav.

Av detta följer, att, även om part skulle vilja återtaga sitt åberopande av

[1] Jfr KALLENBERG II s. 527 f. Se även OLIVECRONA: Rätt och dom s. 219 f.
[2] Jfr nedan s. 48 ff.
[3] Även »äganderätt», åberopad som grund för talan, kan sägas utgöra ett komplex av fakta. Se härom EKELÖF: Grundbegrepp s. 16 f.
[4] PLB s. 213, GÄRDE s. 180, EKELÖF a. a. s. 57 f. samt OLIVECRONA: Rätt och dom s. 217. Jfr ovan s. 9 f. och nedan s. 62 f.
[5] Se GÄRDE s. 180. Så även i tysk rätt enligt MEYER s. 256 ff.
[6] Se EKELÖF: Rättegång II s. 314 samt i SvJT 1941 s. 123 f.
[7] Jfr KALLENBERG II s. 529, GÄRDE s. 472 samt EKELÖF: Rättegång IV s. 9 f.
[8] Jfr EKELÖF a. a. s. 30.

ett bevisfaktum, återkallelsen icke skulle tjäna någonting till. Antag exempelvis, att ett vittne i målet relaterar några fakta, som synas styrka ett av käranden åberopat rättsfaktum. Käranden, som anser omständigheten vara styrkt redan på annat sätt, befarar att vittnesutsagan kan föranleda svaranden till att förebringa omfattande motbevisning för att vederlägga ifrågavarande bevisfakta. Käranden förklarar sig därför icke som bevis åberopa vad vittnet sagt i ifrågavarande hänseende. Skulle en sådan förklaring kunna medföra, att vad vittnet sagt utgår ur processmaterialet? Jag tror inte det. En sådan ordning synes mig strida mot ordalagen i RB 35: 1 st. 1. Däri stadgas ju, att rätten skall pröva *allt, som förekommit,* och därefter avgöra vad i målet är bevisat. I GÄRDES kommentar till RB framhålles också: »En konsekvens av den fria bevisprövningen är att domaren har att taga hänsyn till varje omständighet, som kan vara ägnad att påverka domarens övertygelse.»[9]

Mot detta resonemang kan man dock tänka sig följande invändning: Stadgandet i RB 35: 1 är avsett att lagfästa den fria bevisprövningens princip. Däri innefattas två moment, nämligen dels fri bevisföring, dels ock fri bevisvärdering.[10] RB 35: 1 kan därför sägas innebära, »såväl att någon begränsning ej uppställes i fråga om de kunskapskällor, som få användas för sanningens utletande, som ock att domaren vid värderingen av den föreliggande bevisningen icke är bunden av legala regler».[11] Men av det förhållandet, att bevisföringen i princip är fri, följer ju ej med nödvändighet, att parterna icke få sovra bland förebragta bevisfakta och förklara, att somliga av dessa ej få beaktas. RB 35: 1 skulle därför icke behöva tolkas så, att stadgandet tillika fastställde omfånget av det bevismaterial, på vars grund domstolen hade att avgöra vad som vore bevisat i målet. Bestämmelsen fastslår visserligen, att endast sådant som framkommit i rättegången utgör bevismaterial.[12] Men inom denna ram kunde ju bevismaterialet vara ytterligare begränsat.

Emellertid bör i detta sammanhang även uppmärksammas RB 35: 6. Däri stadgas ju, att domstolen också i dispositiva mål äger att i viss utsträckning ex officio införskaffa bevisning. Härav följer, att åberopande av bevisfakta icke kan vara något villkor för att desamma skola få beaktas av domstolen. Däremot följer icke med nödvändighet, att part ej skulle kunna hindra domstolen från att ta hänsyn till förebringade bevisfakta. Avfattningen av RB 35: 6 jämförd med RB 36: 17 giver dock vid handen, att något sådant icke är tillåtet. Parterna kunna tydligen ej förhindra, att domstolen utfrågar ett av part i dispositivt tvistemål åberopat vittne om allt som kan ha

[9] GÄRDE s. 472.
[10] Se EKELÖF a. a. s. 16.
[11] PLB. s. 377. Se även EKELÖF a. a. s. 38.
[12] Se PLB. s. 378 samt EKELÖF a. a. s. 36.

relevans i målet. Här kan rätten alltså utan inskränkning skaffa sig kännedom om bevisfakta. Då vore det väl egendomligt, om rätten kunde förvägras att använda denna sin kännedom vid avgörandet av vad som skall anses styrkt i målet. Som ytterligare argument kan slutligen anföras RB 36: 18. Därav framgår, att part icke får hindra vittne från att berätta om förhållanden, som parten ej vill ha indragna i målet, icke ens om dessa äro till partens förmån. I så fall måste de också få beaktas av domstolen.

Beträffande bevisfakta räcker det således med att de införts vid huvudförhandlingen för att domstolen skall få beakta dem.[13] Det erfordras icke därutöver, att de åberopas. Att uppställa ett sådant krav skulle ej heller vara ändamålsenligt. Processen skulle då bli alltför omständlig. Särskilt beträffande vissa bevisfakta skulle det vara orimligt att kräva åberopande. Icke kan man begära, att en part skall åberopa t. ex. motpartens minspel,[14] för att domaren skall få beakta detta!

*Rättsfaktas rättsliga kvalificering.*

Det framhölls tidigare, att RB 17: 3 p. 2 icke avsåg omständigheters rättsliga kvalificering. Om en part sålunda åberopat de olika faktiska momenten i ett händelseförlopp, har han fullgjort den åberopsbörda, som därvidlag kan åligga honom, och domstolen får upptaga omständigheterna i domsgrunden. Det kräves icke därutöver, att parten satt en juridisk etikett på omständigheterna, att han sammanfört dessa under något visst juridiskt begrepp. Att parten gör detta är visserligen att rekommendera, men det medför inga särskilda rättsföljder i nu ifrågavarande avseende. Ej heller har det någon betydelse, om parten misstagit sig på den juridiska kvalificeringen. Antag exempelvis, att parten åberopar ett händelseförlopp, vilket han kallar köp. Vid överläggningen till dom finner domstolen emellertid, att vad som åberopats — eller åtminstone den del därav, som fastställts i målet — bör bedömas som saklega. Under förutsättning att åberopandet omfattar samtliga de moment, som konstituera rättsfaktum saklega, är domstolen oförhindrad att grunda sin dom på detta.[15]

Antag emellertid, att motparten vid huvudförhandlingen sagt sig vitsorda, att det som åberopats vore att bedöma som köp. Detta framstår då som ostridigt. Domstolen anser fortfarande, att det är fråga om saklega. Hur skall domstolen då förfara?

Man synes här böra skilja mellan två fall. Antingen förhåller det sig på det viset, att de åberopade omständigheterna äro tillräckliga för att konstituera icke blott saklega utan även köp. I så fall synes motpartens utsaga vara

[13] Jfr Ekelöf a. a. s. 36.
[14] Detta kan vara ett bevisfaktum, se Ekelöf: Grundbegrepp s. 57.
[15] Jfr Rosenberg i ZZP 49 (1925) s. 43 f. och s. 49.

att fatta som ett erkännande av de omständigheter, som konstituera köpet. Dessa bli därigenom ostridiga, och domen skall grundas på köp. Eventuell tveksamhet om vad motparten menat med sin utsaga kan undanröjas genom att domaren gör bruk av sin materiella processledning. Detta fall vållar därför inga bekymmer.

Den andra möjligheten är, att de åberopade omständigheterna icke äro tillräckliga för att konstituera köp. Kunna parterna här binda domstolen i kvalificeringsfrågan? Detta skulle med andra ord betyda, att parterna, såvida de vore ense därom, kunde föreskriva, att vissa omständigheter skulle ha en rättslig betydelse, som eljest icke skulle tillkomma dem.[16] KALLENBERG har i ett liknande sammanhang uttalat, att domaren vid prövningen »af de till grund för afgörandet liggande faktas rättsliga verkan måste vara fullt oberoende af parternas vilja».[17] Ett motsatt antagande skulle enligt KALLENBERG falla på sin egen orimlighet. Möjligen kan man också anse ett så beskaffat erkännande vara uppenbart oriktigt och på den grund icke bindande för domstolen.[18]

Här kunde man tycka, att vidare diskussion vore överflödig. Emellertid bör man lägga märke till situationen vid vitsordande av ett s. k. prejudiciellt rättsförhållande. Antag exempelvis, att svaranden i ett skadeståndsmål säger sig medgiva skadeståndsskyldighet i och för sig. Däremot råder tvist om skadeståndets storlek. Den åsikten har framförts, att domstolen i ett sådant fall icke skulle äga pröva frågan om de av käranden åberopade rättsfakta verkligen kunde grunda skadeståndsansvar.[19] Domstolen skulle alltså vara bunden av svarandens vitsordande. Gäller emellertid detta generellt och även i det fallet, att de av käranden åberopade rättsfakta äro klart otillräckliga för att grunda skadeståndsskyldighet? Om så vore fallet, skulle man nämligen få en svårförklarlig inkongruens med det förut nämnda fallet. Väl kunde parterna med för domstolen bindande verkan förklara, att vissa rättsfakta kunde i strid mot gällande regler konstituera t. ex. skadeståndsskyldighet eller äganderätt. Däremot skulle de inte kunna fastslå, att rättsfakta konstituerade köp.

Till att börja med bör man kanske fråga sig, hur ett vitsordande av ett pre-

[16] Det förutsättes, att den vitsordande parten verkligen avsett, att de vitsordade omständigheterna skola anses utgöra ett köp. En annan möjlighet är, att denne avsett att erkänna omständigheterna utan att taga ställning till dessas rättsliga kvalificering. Då är domstolen naturligtvis fri att bedöma den rättsliga kvalificeringen efter vad den finner riktigt. I detta senare fall saknar det alltså relevans, att omständigheterna av den åberopande parten betecknats på ett oegentligt sätt. Skulle det vara tveksamt, vad den vitsordande parten avsett med sin utsaga, får rättens ordförande söka klarlägga detta genom att utnyttja sin frågerätt.

[17] KALLENBERG II s. 37. Liknande ROSENBERG a. a. s. 39.

[18] Mot att uppenbart oriktiga erkännanden skulle vara bindande uttala sig PLB. (s. 380) och GÄRDE (s. 479). Jfr EKELÖF: Civilprocessen II s. 48.

[19] Se EKELÖF: Rättegång IV s. 58 f.

judiciellt rättsförhållande bör klassificeras. Bör det jämställas med medgivande av yrkande och är det i så fall ett materiellt eller processuellt medgivande? Eller bör man anse, att vitsordandet snarare är att bedöma som ett erkännande?

Det materiella medgivandet torde kunna avföras ur diskussionen. Antag, att vitsordandet av skadeståndsskyldighet i vårt exempel hade karaktär av ett materiellt medgivande. Detta skulle då vara ett rättsfaktum, som hade betydelse även utanför rättegången.[20] Vidare antaga vi, att käranden i målet yrkat ersättning dels för sjukvårdskostnader och dels för sveda och värk. Med hänsyn till att de fordrade beloppen äro små, finner svaranden det ej försvarligt att riskera en dyrbar process med en omfattande utredning i vållandefrågan. Däremot anser svaranden den begärda ersättningen för sveda och värk vara väl kraftigt tilltagen, varför han vill överlämna denna fråga till rättens bedömande. Svarandens överväganden leda till att han medgiver yrkandet om sjukvårdskostnader samt bestrider yrkandet om ersättning för sveda och värk. Vidare vitsordar han dels skadeståndsskyldighet i och för sig och dels en mindre del av ersättningen för sveda och värk som skälig. Käranden företer läkarintyg och dom meddelas, där hans yrkande delvis bifalles, varpå domen vinner laga kraft. Ett halvår senare blir kärandens hälsotillstånd plötsligt sämre, komplikationer tillstöta och han invalidiseras helt. Han instämmer nu på nytt svaranden och yrkar livränta med avsevärt belopp. Som grund åberopar käranden bland annat svarandens »medgivande av skadeståndsskyldighet» i det förra målet.

Om nu detta medgivande tillerkändes materiell verkan, skulle svaranden i det senare målet, där betydligt större belopp stode på spel, icke kunna med framgång bestrida skadeståndsskyldighet. Hans medgivande kunde lätt styrkas genom domen i det förra målet. Svarandens situation skulle ej vara olik den, där det prejudiciella rättsförhållandet vore res judicata. Olämpligheten med en sådan ordning skulle kanske inte så mycket ligga däri, att svaranden överrumplades av att medgivandet hade mera vittgående konsekvenser, än han i förstone tänkt sig. Dessa konsekvenser borde ju, om ett sådant system verkligen gällde, vara bekanta åtminstone för advokater och försäkringsfolk. Riskerna kunde alltså på förhand beräknas av flertalet svarande. En dylik regel skulle emellertid medföra, att svarande i skadeståndsmål endast mera sällan vågade medgiva skadeståndsskyldighet i och för sig av fruktan för konsekvenserna, ifall ytterligare skador tillstötte. Vidare kunde den skadade till att börja med föra fram endast något mindre ersättningsyrkande i hopp

[20] Däremot utgör det materiella medgivandet icke någon formell grund för dom, och det får således ej föranleda domstolen att utan vidare avdöma målet. Såsom Olivecrona framhållit, bör det medgivande, varom RB talar, alltid uppfattas som processuellt (se Rätt och dom s. 192).

om att få skadeståndsskyldigheten medgiven för att därefter komma dragande med andra poster på stora belopp. Olägenheten med denna ordning skulle alltså främst ligga däri, att förfarandet i enkla skadeståndsmål onödigtvis komplicerades, eftersom svaranden icke vågade medgiva skadeståndsskyldighet i och för sig.[21] Denna fråga skulle därför i regel behöva prövas av domstolen. Detta jämte risken för att svarande utan ombud lämnade medgivanden med för dem oberäkneliga konsekvenser synes mig tala mot att tillerkänna medgivande av prejudiciellt rättsförhållande i process någon civilrättslig verkan. Något sådant är ju ej heller föreskrivet i lagen.

Om det undantagsvis skulle vara så, att en svarande förklarar sig vilja avgiva ett materiellt medgivande, kan jag emellertid icke heller finna, att denna möjlighet bör vara honom betagen. För att medgivandet skall tillerkännas civilrättsliga rättsföljder, bör det dock krävas, att dess civilrättsliga karaktär *uttryckligen* framhäves. Ett sådant medgivande måste då också särskilt åberopas av käranden som ett element i grunden för käromålet.[22] Ett dylikt åberopande innebär ej ändring av talan.

Sedan det materiella medgivandet sålunda eliminerats, kvarstå det processuella medgivandet och erkännandet som tänkbara kategorier, till vilka man kunde hänföra vitsordande av prejudiciellt rättsförhållande. Ekelöf finner spörsmålet vara av blott terminologiskt intresse. Den klaraste gränsdragningen skulle man erhålla, om i de fall, då processhandlingen ej avsåge själva saken, denna hänfördes till erkännandena.[23] Jämväl Olivecrona vill begränsa kategorien medgivanden till att avse medgivanden av yrkande.[24] Däremot vill han icke inräkna vitsordande av prejudiciellt rättsförhållande bland erkännandena, eftersom de förra icke avse fakta. Sådana vitsordanden borde dock enligt Olivecrona behandlas på samma sätt som erkännanden.[25]

Härtill kan fogas den reflexionen, att det prejudiciella rättsförhållande, som blir föremål för ett vitsordande, kan uppfattas som ett komplext rättsfaktum.[26] Vitsordandet kan alltså sägas avse detta rättsfaktum och därför vara att anse som ett erkännande. Emellertid torde det vara av mindre intresse, huruvida ett vitsordande av ifrågavarande slag skall sägas utgöra ett erkännande eller blott jämställas med ett sådant. Därav kan man ju inte draga några slutsatser om hur rättsföljderna av denna processhandling böra vara

[21] Jfr Ekelöf: Rättegång IV s. 57. — En annan möjlighet vore att tillerkänna medgivandet bindande verkan enbart med avseende på yrkade belopp. Men detta skulle på ett egendomligt sätt strida mot medgivandets språkliga innehåll.
[22] Se Ekelöf a. a. s. 56. Med åberopandet torde få anses tillgodosett ett eventuellt krav på godkännande som villkor för att civilrättsligt medgivande skall tillerkännas verkan.
[23] Se Ekelöf: Civilprocessen II s. 48 f. Se även Rättegång IV s. 58.
[24] Se Olivecrona: Rätt och dom s. 200 jämfört med s. 191.
[25] Se a. a. s. 201.
[26] Se Ekelöf: Grundbegrepp s. 67 f.

beskaffade, lika litet som det får ha någon praktisk betydelse, om processhandlingen klassificeras som medgivande eller erkännande. Först måste man utreda rättsföljderna och därefter klassificera på grundval av det vunna resultatet. Och om man å andra sidan byggt klassificeringen på rättsföljden, vilken man funnit vara densamma i båda fallen, så förefaller det icke särskilt angeläget att därefter hänföra vitsordanden av prejudiciella rättsförhållanden till en särskild grupp.

Vi antaga nu, att käranden i ett skadeståndsmål gör gällande, att svaranden är skadeståndsskyldig. Härjämte åberopar käranden ett antal rättsfakta, som synas vara tillräckliga för att konstituera skadeståndsskyldighet för den händelse, att de fastställas i målet och inga motfakta föreligga. Svaranden säger sig medgiva skadeståndsskyldighet i och för sig. Jag kan inte finna något som talar mot att rätten skulle vara bunden av denna förklaring. Domstolen skulle alltså i detta fall icke kunna grunda domen på att skadeståndsskyldighet ej förelåge.[27] Klassificeringen av förklaringen synes mig ganska likgiltig i detta fall.

Låt oss emellertid förändra exemplet därhän, att *de av käranden åberopade rättsfakta äro klart otillräckliga för att grunda skadeståndsskyldighet*. Svaranden medgiver ändock denna i och för sig men bestrider käromålet på annan grund, t. ex. att skadan icke är ersättningsgill. Hur skall domstolen då förfara? Ja, låt oss först utreda, hur det skulle ha gått, om svaranden medgivit käromålet i dess helhet. Om vi begränsa diskussionen till helt igenom dispositiva mål,[28] är alltså frågeställningen denna: Är domstolen i sådana fall alltid bunden av parts medgivande av motpartens yrkande i sak? Det förutsättes, att processhinder ej föreligger.[29]

Till att börja med kan då konstateras, att RB ej innehåller någon generell bestämmelse om medgivandets rättsföljder.[30] Väl framgår det av RB 42: 18, att rätten får döma under förberedelsen »i anledning av talan om anspråk, som medgivits». Men om domens innehåll får man ingen direkt upplysning. Det säges inte rent ut, att medgivandet är tillräcklig domsgrund.

Vidare stadgar RB 17: 3 p. 1, att domstolen icke får döma över annat eller mera än vad part yrkat. Kunde man kanske tolka detta stadgande så, att domstolen icke får ogilla käromålet med mindre svaranden yrkat detta? Bestridandet kan ju sägas vara ett sådant yrkande.[31] En sådan tolkning av RB 17: 3 p. 1 är dock felaktig. Antag nämligen, att svaranden i strid mot RB 42: 7 st. 1 mom. 2 säger sig varken kunna medgiva eller bestrida kärandens yrkande. Svaranden kan omöjligen fås att uttala sig på annat sätt.

[27] Se Ekelöf: Rättegång IV s. 59 och Olivecrona: Rätt och dom s. 201.
[28] Målet skall alltså sakna indispositiva moment. Härom nedan s. 67 ff.
[29] Se Ekelöf a. a. s. 55 not 20.
[30] Jfr Olivecrona a. a. s. 183.
[31] Jfr Ekelöf: Grundbegrepp s. 56.

Skulle då domstolen, eftersom kärandens yrkande icke bestritts, genast bifalla käromålet? Nej, i denna situation är RB 35: 4 tillämplig. Svaranden har underlåtit att fullgöra sin skyldighet att taga ställning till kärandens yrkande. Rätten skall då pröva, om och i vilken mån detta har verkan som bevis, däremot icke bifalla käromålet utan vidare.[32] Ett uttryckligt bestridande är sålunda ej nödvändigt för att käromålet skall kunna ogillas.

Hos PLB. återfinnes ett uttalande om att domstolen i dispositiva mål skulle vara bunden av parts medgivande av motpartens yrkande.[33] Svarandens medgivande utgör alltså tillräcklig grund för bifall till käromålet.[34] Men är detta avsett att gälla i alla situationer, även i det fallet att vad som åberopats *uppenbarligen* icke kan ha den rättsföljd, som korresponderar med kärandens yrkande? Vidare bör man beakta, att kommentaren till RB förefaller att utgå från den uppfattningen, att medgivandet är ett materiellt rättsfaktum.[35] Det skulle föra för långt att i detta sammanhang gå in på frågan om medgivandets natur. Helt kort skall sägas, att det icke finnes anledning att räkna med att ett medgivande i rättegång annat än i mycket sällsynta fall har karaktären av ett materiellt rättsfaktum.[36] Detta innebär också, att ett vanligt processuellt medgivande icke behöver åberopas av motparten för att domstolen skall få lägga detsamma till grund för domen. Medgivandet utgör nämligen i detta fall icke en omständighet till grund för talan.[37]

Olivecrona har beträffande medgivandets bindande verkan framfört den åsikten, att grunden åtminstone måste vara plausibel, d. v. s. varken uppen-

[32] Jämför även RB 44: 8.

[33] Se PLB. s. 438. Jfr Gärde s. 602.

[34] Jfr Gärde s. 752. Jfr vidare Bayer s. 276: »Das gerichtliche Anerkenntnis des erhobenen Anspruchs entspricht dem gerichtlichen Geständnisse der vom Gegner behaupteten Tatsachen und Rechtsverhältnisse; beide wirken Feststellung unter *Ausschliessung richterlicher Prüfung,* doch reicht das Anerkenntnis insofern weiter, als nicht nur wie beim Geständnisse die Wahrheitsprüfung der behaupteten Tatsachen, sondern auch die Prüfung, ob der geltend gemachte Anspruch durch die behaupteten Tatsachen gerechtfertigt erscheint, ausgeschlossen wird.»

[35] Se Gärde s. 480. Jfr Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 307 I 2.

[36] Se härom Olivecrona: Rätt och dom s. 183 ff. med där anförd litteratur, Ekelöf: Rättegång IV s. 56 samt Larsson s. 15 not 5. Det torde dock ej vara helt uteslutet, att ett medgivande i rättegång *kan* ha civilrättslig verkan. Så synes dock endast böra vara fallet, om det *uttryckligen* utsäges, att medgivandet är avsett att gälla även utanför rättegången. Ett sådant medgivande måste särskilt åberopas av motparten och RB:s regler om medgivande ha icke avseende därpå. Jfr ovan s. 50 f.

[37] RB 17: 3 p. 2. Därmed är emellertid icke sagt, att rätten vid t. ex. skriftlig förberedelse bör avgöra målet direkt, så snart medgivande inkommit från svaranden, utan att kommunicera detta med käranden. Denne bör nämligen beredas tillfälle att framställa ett preciserat yrkande om ersättning för sina rättegångskostnader. Jfr analogivis Gärdes uttalande om kostnadsyrkande vid mellan- och deldom (s. 218). — Enligt tysk och österrikisk rätt fordras *yrkande* av motparten för att domstolen skall få döma på grund av medgivandet. Se ZPO § 307 och ÖZPO § 395. Härtill Rosenberg: Lehrbuch § 131 I 5 b, Schönke s. 210 samt Bayer s. 281 och 284. Måhända beror detta på att medgivandet ursprungligen uppfattats som en materiell rättshandling, vilken borde accepteras av medkontrahenten (jfr Bayer s. 280 f.).

bart oriktig eller orimlig som underlag för domen.[38] Han framhåller vidare, att, om sådana grunder godtoges, domstolen skulle medverka till en rättslig komedi, och att den lättnad för parterna, vilken bestode i att dom kunde meddelas på medgivandets formella grund, icke vore motiverad annat än när det funnes ett rimligt samband mellan de åberopade rättsfakta och det begärda domslutet.[39] Bland de undantagsfall, då medgivandet sålunda icke vore bindande, borde kunna inrangeras det här aktuella, nämligen att de av käranden åberopade rättsfakta äro uppenbart otillräckliga som rättsgrund för den med käromålet korresponderande rättsföljden.[40]

Vi inskränka oss i detta sammanhang till sistnämnda fall. Härvidlag synas förhållandena vid förlikning vara av betydelse. Antag, att svaranden i stället för att medgiva käromålet ingår ett förlikningsavtal med käranden. I avtalet går svaranden helt med på kärandens yrkande mot att denne i stället avstår från något, som ej har med målet att göra. Parterna begära därefter, att rätten måtte stadfästa förlikningen. Skulle rätten kunna vägra detta med den motiveringen, att de av käranden åberopade rättsfakta uppenbarligen icke hade den rättsföljd, varom parterna enats, och att rätten icke ville inlåta sig på en rättslig komedi? Någon sådan prövning torde icke vara avsedd i RB.[41] Antag t. ex., att förlikningen slutits före processen, och att käranden därefter yrkar fullgörelse i enlighet med avtalet. Icke skulle ett sådant yrkande kunna ogillas på den grund, att parterna överenskommit om något i strid mot dispositiva civilrättsliga regler! Då kan det ej heller finnas någon anledning att annorlunda behandla en förlikning under pågående process.

Om det sålunda förhåller sig på det viset, att parterna kunna nå sitt mål genom ett förlikningsavtal, vore det ju föga rimligt att försöka hindra svaranden från att åstadkomma samma resultat genom ett medgivande. En väg-

[38] Jfr även Steinberg s. 50.

[39] Se Olivecrona a. a. s. 194. Jfr Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 307 III 1.

[40] Hegler (s. 246 f.) framhåller, att domaren i sådana fall borde använda sin materiella processledning till att förmå käranden att komplettera grunden. Lyckades ej detta, vore det troligt, att kärandens talan i verkligheten vore ogrundad. Dock kunde det hända, att svaranden likväl medgåve käromålet. I så fall borde domaren vända sin materiella processledning gentemot *svaranden* och för honom påpeka bristen i grunden. Detta borde vanligen leda till att medgivandet återkallades. Om svaranden likväl stode fast därvid, vore det troligt, att käromålet trots allt vore grundat. Man motverkade därför icke processens syfte, »die Erreichung der Wahrheit, der Schutz des wirklichen Rechts» (s. 248), om man till slut bifölle käromålet. — Ihåligheten i detta resonemang visas emellertid redan av Heglers eget exempel, nämligen att käranden åberopat ett muntligt avtal, där lagen stadgar skriftlig form. Om käranden trots domarens materiella processledning ej velat åberopa skriftligt avtal och svaranden trots allt står fast vid sitt medgivande, synes det mera sannolikt, att svaranden trots formbristen vill uppfylla avtalet, än att detta i själva verket varit skriftligt. Men till sådana verklighetsfrämmande antaganden tvingas väl den, som å ena sidan förkastar teorien om medgivandets materiella natur men å andra sidan ej heller vill acceptera detsamma som en blott formell grund för domen (jfr Olivecrona a. a. s. 188 f.).

[41] Jfr PLB. s. 218 och Gärde s. 184.

ran att godtaga ett medgivande i ett sådant undantagsfall, varom här är fråga, bleve ju ett slag i luften. Parterna kunde kringgå bestämmelsen genom att träffa förlikningsavtal. Slutsatsen blir alltså, att domstolen i helt dispositiva mål är bunden av parts medgivande av motpartens yrkande, även då den åberopade grunden för yrkandet är uppenbart otillräcklig.[41a] Och om det är tveksamt, huruvida grunden räcker till, gäller resonemanget e fortiori.

Om parterna haft för avsikt att *kolludera* på tredje mans bekostnad, torde det ej ha så stor praktisk betydelse att säga medgivandet icke vara bindande för domstolen. En sådan avsikt lär ju nästan alltid förbli okänd för rätten. Visserligen borde väl denna vara skyldig att efterforska kollusionssyfte blott när anledning till misstanke därom yppat sig. Men parterna skulle naturligtvis noga akta sig för att låta påskina något sådant. Ej heller kunde de beräknas vara domstolen behjälpliga i dess efterforskningar. Domstolens möjligheter att inom rimlig tid erhålla någon säker grundval för att lämna medgivandet utan avseende synas därför små. Om man vill kräva, att en domstol överhuvudtaget skall vara skyldig att efterforska kollusionsavsikt, synes det därför rimligast, att denna domstolens skyldighet inträder först när det föreligger en avsevärd grad av sannolikhet för kollusion. Detta kan hävdas, eftersom tredje mans rätt i allmänhet torde vara skyddad på annat sätt.[42]

Antag emellertid, att kollusionssyftet skulle bli utrett — någon av parterna kunde ju falla till föga och erkänna — och det otroliga skulle inträffa, att parterna trots allt vidhölle sina ståndpunkter och begärde dom i enlighet därmed. Ja, då finns det väl inte något rimligt skäl, varför rätten skulle behöva medverka härtill. I detta fall skulle medgivandet således ej vara bindande för domstolen.

Sedan är det en annan sak, att de helt igenom dispositiva målen kanske icke äro fullt så talrika, som man i allmänhet föreställer sig. I somliga fall, där — som Olivecrona säger — en skenprocess kunde begagnas i illojalt syfte, är det troligt, att det förekommer indispositiva moment, över vilka par-

[41a] Ehuru med ohållbar motivering (se ovan not 40) kommer Hegler (s. 135) till liknande resultat, nämligen att medgivandet utesluter prövning av käromålets »Schlüssigkeit» (om denna term se Olivecrona: Rätt och dom s. 180). Så även Rosenberg: Lehrbuch § 131 I 3 och 5 a).

[42] Vanligen torde tredje man drabbas av domens rättskraft endast när parterna genom avtal sinsemellan kunnat förändra hans rättsställning på samma sätt (se Ekelöf: Rättegång III s. 117). Och när domen i andra fall än dessa blir rättskraftig gentemot tredje man, torde denne kunna inträda i rättegången som självständig intervenient (a. a. s. 122), ehuru han naturligtvis kan ha svårt att få kännedom om processen. Att intervenera är självfallet en möjlighet, som icke står parts konkursbo till buds, då parten försatts i konkurs först efter det domen vunnit laga kraft. Och domen torde ofta nog ha rättskraft gentemot konkursboet (se Welamson: Konkursrätt s. 288 ff. med där anmärkt litteratur), även om det kan tänkas, att så icke är fallet, när parterna kolluderat (se Welamson: Domvillobesvär s. 234 ff. med där upptagna arbeten). Det är således tveksamt, huruvida konkursboet ens i sistnämnda fall skulle kunna föra talan om återvinning (se Konkursrätt s. 289 f.). Men om boet är bundet av domen, torde densamma vanligen kunna angripas med ett extra-ordinärt rättsmedel (se Domvillobesvär s. 236).

terna icke kunna förfoga.[43] Illojala förfoganden ha givetvis ofta uppmärksammats av lagstiftaren och förklarats civilrättsligt ogiltiga. Visserligen följer ingalunda därav, att ogiltighetsgrunderna äro indispositiva moment och skola beaktas ex officio i rättegång. Så bör t. ex. icke vara fallet med flertalet ogiltighetsgrunder enligt 3 kapitlet avtalslagen. Men stundom måste man förhindra, att lagen kringgås genom process. Ett sätt att åstadkomma detta är att vissa rättsfakta göras indispositiva.

Av att domstolen, som vi nyss funnit, nästan alltid är bunden av svarandens medgivande följer emellertid icke utan vidare, att detsamma skulle vara fallet, då medgivandet icke avser kärandens yrkande utan blott ett prejudiciellt rättsförhållande, där den åberopade grunden är klart otillräcklig. Kan man här tänka sig att föra ett liknande resonemang? Låt oss även här till prövosten taga förhållandena vid förlikning.

Till att börja med: kunna parterna förlikas enbart om ett prejudiciellt rättsförhållande? I RB talas visserligen om förlikning om *det, varom tvistas.* Men det torde vara fullt tillåtet att förlikas enbart om en del därav och även enbart om ett prejudiciellt rättsförhållande.[44] Ett utomprocessuellt avtal, där gäldenären påtager sig exempelvis skyldighet att ersätta på visst sätt uppkommen skada, måste vara giltigt utan hinder av att överenskommelse icke nåtts om skadeståndets storlek. I så fall bör ett förlikningsavtal med liknande innehåll kunna träffas även i rättegång.[45] Då bli emellertid förhållandena analoga med det föregående fallet, där medgivande respektive förlikning avsåg hela käromålet. Om ett förlikningsavtal angående ett prejudiciellt rättsförhållande blir giltigt, trots att de rättsfakta, som åberopats till stöd för rättsförhållandets existens, äro uppenbart otillräckliga, så bör även ett medgivande av ett sådant rättsförhållande bli bindande för domstolen.

Vi kunna nu återvända till utgångspunkten: frågan om parterna kunna binda domstolen till en viss rättslig kvalificering av en omständighet. Vi stå här inför följande problem. Väl kunna parterna enas om att ett påstående om skadeståndsskyldighet, vilket är klart ogrundat att döma av åberopade rättsfakta, skall läggas till grund för domen. Däremot skulle de icke kunna binda domstolen genom en överenskommelse om att åberopade rättsfakta, som äro klart otillräckliga för att konstituera köp, likväl skulle bedömas såsom köp. Är denna skillnad motiverad?

Nu är det att märka, att frågan om vissa rättsfakta skola anses konstituera köp eller saklega kan sägas utgöra en prejudicialfråga på samma sätt som spörsmålet, huruvida skadeståndsskyldighet föreligger eller ej. Ekelöf har framfört den hypotesen, att endast sådana spörsmål, som kunna göras till

[43] Se vidare nedan s. 67 ff.

[44] Se Larsson s. 124 och Kallenberg I s. 1229 och 1236. Beträffande tysk rätt se Rosenberg: Lehrbuch § 128 I 2 d) jämfört med § 128 III 1.

[45] Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 304 f. not 36.

föremål för särskild talan, behandlas som prejudicialfrågor.[46] Då kan man alltså fråga sig, huruvida särskild talan kan föras om att vissa rättsfakta skola anses utgöra köp eller saklega.

Frågeställningen behöver närmare preciseras. Föremålet för processen skulle vara den rättsliga betydelsen av ett antal omständigheter, vilka tillsammans bilda ett sammansatt rättsfaktum, köp eller saklega. Bland dessa omständigheter ingå i båda fallen sådana, som utgöras av — eller ha samband med — att kontrahenterna överhuvudtaget slutit ett avtal. Därtill kommer som ytterligare omständigheter vad parterna överenskommit i varje del av avtalet. Det är i denna senare del som ovissheten i vårt exempel ligger. Man vet t. ex., att kontrahenterna A och B överenskommit, att A skall överlämna en sak till B, och att B skall erlägga ett belopp i särskilda poster till A. Däremot är det ovisst, om kontrahenterna överenskommit, att äganderätten till saken i och med avtalet skall övergå på B, vilket denne påstår, eller om B blott har rätt att nyttja saken under den tid han enligt avtalet skolat betala ersättning till A. Sedan nu B försummat att gälda vissa poster, vill A få saken tillbaka men inser, att, om avtalet gällt köp, han ej har möjlighet att häva detta på grund av 28 § 2 st. köplagen. A vill därför stämma B med yrkande, att domstolen måtte fastställa, att avtalet avser saklega. Är en sådan form av fastställelsetalan tillåten?

Nu kan man visserligen inte föra talan om existensen av en omständighet.[47] Men detta är det ej fråga om i vårt exempel. Här äro parterna ense om att ett faktum föreligger. Båda parterna mena ju, att en överenskommelse faktiskt träffats på ifrågavarande punkt. Det är frågan om överenskommelsens innehåll som är tvistig.

Icke heller är det tillåtet att föra talan om hur en omständighet faktiskt är eller var beskaffad. I vårt exempel skulle sålunda ett yrkande om fastställelse av att svaranden sagt, att han accepterade att enbart »hyra» saken, icke upptagas till prövning. Men icke heller så är i vårt fall kärandens yrkande formulerat. Här avses fastställelse även av den *rättsföljd,* som tillkommer sakförhållandet ifråga. Ekelöf har ifrågasatt, om icke en sådan talan borde få föras.[48] Men oavsett om detta gäller generellt, synes fastställelsetalan kunna föras i det nu diskuterade fallet. Här gäller det nämligen en *tolkning* av en bestämmelse i avtalet. Nu ha just tolkningsdomar uppställts som en särskild typ av domar i fastställelsemål.[49] Det synes därför stå utom

[46] Se Ekelöf: Grundbegrepp s. 68. Jfr Kallenberg II s. 225.
[47] Se Gärde s. 133 och Ekelöf: Rättegång II s. 303.
[48] Se Ekelöf a. a. s. 305.
[49] Se Ekelöf: Rättegång II s. 304 samt Olivecrona: Domen s. 49 f. och Rätt och dom s. 175.

tvivel, att en fastställelsetalan av ifrågavarande typ bör upptagas till prövning.[50]

Spörsmålet om omständigheterna ifråga skola bedömas som köp eller saklega skulle alltså utgöra en prejudicialfråga i egentlig mening. Nästa fråga blir då, om parterna kunna förlikas enbart i denna del. Att så är tillåtet i det ovannämnda fallet, där frågan ensam utgör det varom tvistas, är uppenbart. Likaså måste en sådan förlikning utom rättegång tillerkännas giltighet. I så fall synes allt tala för att tillåta förlikning även i den situationen, att föremålet för förlikningen utgör enbart en prejudicialfråga. Väl kan förlikningen icke stadfästas genom mellandom jämlikt RB 17: 5 st. 2, eftersom det här är fråga blott om en av flera förutsättningar för skyldigheten att fullgöra.[51] Men detta är icke något unikt. Situationen är likartad i en rättegång, där käranden yrkar skadestånd under åberopande av att svaranden avverkat skog på ett käranden tillhörigt skogsskifte, och där parterna förlikts ifråga om den till en början bestridda äganderätten men däremot ej ifråga om skadeståndsskyldigheten. Domstolen har alltså att i sina domskäl fastslå, att det till följd av parternas förlikning står fast, att äganderätten till fastigheten tillkommer käranden, respektive i det förra fallet att avtalet skall tolkas som ett köpeavtal.

Vi antaga nu, att situationen i tolkningsfallet faktiskt var denna, att A på något sätt åter kommit i besittning av den sak, som han en gång lämnat B, och att det är den senare som yrkar utfående av saken. Till stöd för sin talan åberopar B, att han träffat avtal med A om att denne skulle överlämna saken till B mot viss ersättning i särskilda poster, att B återlämnat saken till A för en viss reparation, samt att A vägrat att återlämna saken. Däremot åberopar B *icke,* att kontrahenterna överenskommit, att äganderätten till saken skulle genom avtalet övergå på B. Likafullt hävdar B den uppfattningen i rättsfrågan, att saken blivit hans genom vad som förekommit. På domarens fråga svarar B, att han inte så noga mindes, hur orden fallit vid överenskommelsen, och att han därför ej ville komma med något bestämt påstående därom. Detta borde enligt B icke heller vara nödvändigt. Visserligen förstode han sig ej på juridiska formaliteter, men det vore väl självklart, att saken nu tillhörde honom. Han hade ju köpt den. A invänder, att avtalet avsåge saklega, samt att han hävt avtalet på grund av bristande betalning från B:s sida, varefter han icke vore skyldig att ånyo utgiva saken. I andra hand invänder A, att B ej betalat reparationen, och att A därför vore berättigad att kvarhålla saken. Under målets gång förlikas parterna såtillvida, att de överenskomma, att avtalet skall anses utgöra ett köpeavtal, varigenom saken överlåtits på B med äganderätt. B åberopar förlikningen. Skulle domstolen än-

[50] Att så är möjligt framgår tydligare, om A formulerar sin talan på annat sätt. A kan sålunda väcka äganderättstalan mot B och yrka bättre rätt till saken. Vidare kan A yrka fastställelse av att B blott har nyttjanderätt därvidlag.

[51] Jfr Larsson s. 124 ff. samt Ekelöf: Grundbegrepp s. 69.

dock kunna grunda domen på att avtalet avsåge saklega, eftersom frånvaron av vissa för köp nödvändiga omständigheter klart framgår? Om förlikningen träffats före processen, skulle domstolen icke kunna undgå att beakta den, lika litet som något annat åberopat rättsfaktum av betydelse. I så fall finns det intet skäl att bedöma situationen annorlunda blott därför, att förlikningen ingåtts under processen. Förlikningen har där trätt i stället för de tidigare åberopade, ehuru otillräckliga rättsfakta. Ett fullgott rättsfaktum har ersatt bristfälliga sådana.

Därmed äro vi framme vid slutet i detta vidlyftiga resonemang. Det avgörande argumentet är detsamma, som vi tidigare berört. I den mån parterna ha möjlighet att genom förlikning påtvinga domstolen en viss rättslig kvalificering av en omständighet, är det meningslöst att icke tillåta samma resultat genom ett sådant vitsordande, varom här är fråga. Väl kan man säga, att situationen teoretiskt sett är en annan vid förlikning än vid vitsordande. Förlikningen kan ju uppfattas som ett rättsfaktum, vars tillkomst medför, att den tidigare bristen icke längre är relevant. Men att av denna orsak göra en skillnad mellan förlikning och vitsordande, kan jag ej finna motiverat. I praktiken beror det ibland på en ren tillfällighet, om parternas enande tar sig formen av en förlikning eller ett medgivande eller vitsordande. Om därför svaranden i vårt exempel vitsordar ett påstående av käranden, att vissa rättsfakta skola anses utgöra köp, bör domstolen icke ha rätt att bedöma dem annorlunda.[52] Satsen *iura novit curia* skulle härutinnan ha en betydande inskränkning. Omfattningen av denna inskränkning kan emellertid ej utredas i detta sammanhang.[52a]

Slutligen skall endast följande reflexion tillfogas: Om parterna kunna åstadkomma, att domstolen måste bedöma ett klart fall av saklega som köp, eller med andra ord tvinga domstolen att godtaga en klart oriktig rättslig kvalificering av ett rättsfaktum, så kan man fråga sig, varför domstolen skulle vara obunden av *uppenbart oriktiga erkännanden*. Antag exempelvis, att svaranden i ett skuldfordringsmål åberopar, att han betalat skulden för fem år sedan. Av ett av käranden som bevis förebringat skuldebrev framgår emellertid, att svaranden regelbundet betalat ränta på fordringens hela belopp fram till tiden för processen. Vidare framgår av processmaterialet, att svaranden omedelbart före processens inledande erkänt fordringens bestånd. Domstolen finner det uppenbart, att skulden icke är betald. Icke desto mind-

[52] Jfr Ekelöf: Rättegång IV s. 59.

[52a] Karlgren har (i SvJT 1964 s. 42) hävdat, att HD i rättsfallet NJA 1951 s. 783 blott skulle ha prövat, huruvida en omständighet (motorcykels avsaknad av sittdyna) hade rättslig betydelse i ett visst hänseende (som moment i vållande), medan däremot dess betydelse i ett annat avseende (som bristfällighet å fordonet) ej skulle ha varit uppe till bedömning (se härom vidare SvJT 1960 s. 413 f.). I så fall skulle HD här ha gjort ett anmärkningsvärt avsteg från regeln *iura novit curia*.

re erkänner plötsligt käranden av någon till synes oförklarlig anledning,[53] att svaranden erlagt den betalning, som han påstått. Vad finns det för skäl att icke låta domstolen i regel vara bunden av detta erkännande? Det kan till och med vara så, att käranden först återkallat sin talan, men att svaranden begärt dom enligt RB 13: 5 st. 1, varför saken ändock måste prövas. Nog förefaller det egendomligt att tillerkänna käranden vad han tydligen avstår ifrån. I den mån erkännandet innebär *en lojal disposition* över fordringen, ett eftergivande utan syfte att skada tredje man, kan domstolen icke undgå att bindas därav. Antag exempelvis, att käranden i vårt fall helt frankt förklarar: Det är visserligen så, som jag tidigare påstått, att svaranden inte betalt. Emellertid har jag just fått höra, att han mist hustru och barn i en bilolycka. Jag vill inte lägga sten på börda. Därför erkänner jag nu, att svaranden har betalt, och så är den här saken ur världen. — I realiteten innebär detta detsamma som att käranden eftergiver fordringen. Att han kommit att avgiva ett erkännande i stället för en eftergift synes icke böra tillmätas någon avgörande betydelse. Utom i formellt hänseende äro fallen lika, och de böra därför leda till samma resultat, nämligen att käromålet ogillas.

Antag däremot, att det förefaller som om parterna *kolludera* på tredje mans bekostnad. Skulle domstolen endast ha svaga misstankar därom, synes den ej böra vara skyldig att anställa några efterforskningar för att utröna, om kollusion verkligen förelegat. Sådana kunna måhända komma ifråga, därest kollusionsavsikten framstår som i hög grad sannolik. Svårigheterna för domstolen att komma till klarhet därom äro nämligen, som tidigare nämnts,[54] avsevärda. Antag, att det ser ut som om käranden genom erkännandet ville skada sina borgenärer. Av parterna torde domstolen ej kunna vänta sig någon hjälp med att utreda detta; käranden säger kanske endast, att han ej längre vill göra fordringen gällande, och att det då är lika så gott, att svaranden får en dom, där käromålet ogillas. Icke kan domstolen annat än vid mycket starka misstankar om kollusion börja att ex officio framskaffa bevisning om kärandens syfte. Det kan starkt ifrågasättas, huruvida domstolen någonsin bör gå längre än till förhör med parterna och eventuellt med i målet redan inkallade vittnen.[55] Det synes i allmänhet vara att föredraga, att utredningen sker i en särskild rättegång, där borgenärerna stå som part, än att domaren försöker sätta sig i deras ställe. Skulle kollusionsavsikt bli styrkt, bör väl domstolen icke vara bunden av erkännandet. Men i övrigt bör detta vara bindande oavsett syftet därmed.

[53] Käranden har t. ex. dåliga affärer och märker, att han ej kan undgå konkurs. I denna situation vill han gynna svaranden på borgenärernas bekostnad. Jfr ovan s. 55 med not 42.
[54] Ovan s. 55.
[55] Ekelöf menar erkännandet icke vara bindande, blott om det »strider mot notoriska fakta eller dess uppenbara oriktighet framgår av bevisning, som upptagits i målet för att utreda andra rättsfakta än dem som erkänts» (Civilprocessen II s. 48).

Om erkännandet enbart skulle ha haft karaktär av bevisfaktum, borde visserligen dess verkan ha kunnat neutraliseras av annan bevisning. Men detta är icke den ståndpunkt, som RB intager. Erkännandet medför i dispositiva mål, att »bevisning rörande den erkända omständigheten (blir) *överflödig*». [56] Om vi först bortse från de uppenbart oriktiga erkännandena, kan det alltså ligga så till, att domstolen har goda skäl att tro, att ett erkännande är felaktigt, men trots allt måste acceptera detsamma. Erkännandet utgör liksom medgivandet och parts utevaro en formell grund för dom, ehuru domen ej kan grundas enbart på ett erkännande.[57] Det ställer sig då svårt att motivera ett undantag för uppenbart oriktiga erkännanden. Dessa synas icke böra behandlas annorlunda än vanliga erkännanden, för så vitt icke kollusion blivit styrkt. Ett visst stöd för en motsatt åsikt kan man dock finna i RB 44: 8 st. 2.[58]

[56] PLB. s. 380 (kurs. här); se även Olivecrona: Rätt och dom s. 182.

[57] Se Olivecrona a. a. s. 202. Jfr även Granfelt s. 66 f. angående erkännandets »disponerande verkan». Denna verkan frånkänner Granfelt emellertid uppenbart oriktiga erkännanden (se s. 90).

[58] Man brukar ju säga, att svarandens utevaro kan likställas med ett erkännande av vad käranden påstått. Och uppenbart ogrundade käromål skola ju ogillas i tredskodom. Se vidare nedan s. 132 ff.

# Kap. 3.
# Åberopsbördans omfång och åberopandets precisering.

Ett enligt RB 17:3 p. 2 relevant åberopande måste enligt vad vi funnit ha rättsfakta till objekt. Emellertid kan det måhända finnas skäl till att upptaga även åberopsbördans omfång till någon diskussion. Denna skulle med andra ord avse frågan om vilka rättsfakta som överhuvudtaget måste åberopas av part för att kunna beaktas av domstolen. Spörsmålet härom är visserligen i regel invävt med frågan om åberopsbördans fördelning, vartill vi senare skola återkomma. Frågan om omfånget ställs ju vanligen i relation till endera parten, och ur dennes synvinkel sammanfaller i regel omfångsfrågan med fördelningsfrågan. Emellertid kunde det tänkas, att det även i dispositiva mål funnes rättsfakta, som finge beaktas av domstolen, trots att de icke åberopats. För processen under ÄRB:s tid har det i doktrinen gjorts gällande, att så skulle vara fallet, vilket säkerligen stått i överensstämmelse med dåtida praxis.[1] ÄRB saknade ju en motsvarighet till RB 17: 3 p. 2. Kallenberg och Sjöström finna, att domstolen i vissa fall ägde att lägga rättshindrande och rättsupplösande fakta till grund för domen, utan att desamma åberopats.[2] Kallenberg framhåller dock, att omständigheterna måste vara införda i målet, och att detta såtillvida ej finge ske genom domstolens egen försorg, att denna ej borde anbefalla part att åberopa visst rättsfaktum.[3]

Ordalydelsen av RB 17: 3 p. 2 skulle möjligen kunna föranleda till antagandet, att en liknande distinktion mellan olika grupper av rättsfakta varit avsedd även i den nya lagen. De omständigheter, som få beaktas uteslutande efter åberopande, sägas ju vara sådana till grund för talan. Om man nu fäster sig vid ordet »grund» och därtill betänker, att med »talan» ibland avses enbart *kärandens* yrkande,[4] kunde uttrycket »grund för talan» möjligen anses vara liktydigt med grund för käromål respektive genkäromål. I så fall skulle icke motfakta beröras av stadgandet.[5] Emellertid giva Motiven klart vid handen, att en sådan tolkning icke varit avsedd.[6] Den kan icke heller anses vara lämplig. Av samma skäl som käranden har i sin makt att fritt

[1] Jfr Ekelöf: Grundbegrepp s. 256.
[2] Se Kallenberg II s. 16 ff. och Sjöström s. 166 ff. Jfr emellertid även Trygger: Bevisskyldigheten s. 335 samt Matz s. 125.
[3] Se Kallenberg II s. 64 ff.
[4] Se Ekelöf: Grundbegrepp s. 78.
[5] Om svarsfakta finge beaktas ex officio, borde detta vara fallet även med replikfakta. Eljest skulle ju svaranden favoriseras. Om motfaktas indelning se ovan s. 11.
[6] Motiven s. 204. Se även Gärde s. 180, Ekelöf: Grundbegrepp s. 78 vid not 6 samt Rättegång II s. 314 ävensom Olivecrona: Rätt och dom s. 217 not 25.

avgöra, vilka omständigheter av dem han har att åberopa som han önskar få prövade som grund för sin talan, av samma skäl bör svaranden ensam få avgöra, vilka svarsfakta som skola göras gällande. Och genom svarandens åberopande erhåller ju käranden en preciserad uppgift om vilka svarsfakta som komma att få relevans i målet. Det är av väsentlig betydelse för käranden att kunna inrikta sig på att vederlägga enbart dessa åberopade svarsfakta.[7]

Möjligen kunde det tänkas, att RB 44: 8 st. 2 p. 2 gåve domstolen en möjlighet att vid tredskodom beakta rättsfakta, som överhuvudtaget icke åberopats.[8] Ett käromål, som är uppenbart ogrundat, skall ju ogillas, även om svaranden uteblivit. Härom har Olivecrona uttalat, att bifallande tredskodom ej finge givas, om det vore uppenbart, att ett motfaktum förelåge.[9]

Nu framgår det ej fullt tydligt, om Olivecrona avsett, att detta skulle gälla även sådana motfakta, som överhuvudtaget icke åberopats. Svaranden kan ju ha inställt sig på ett tidigare stadium av förberedelsen och då framställt vissa invändningar.[10] Olivecrona tar emellertid som exempel, att käranden på grund av köp yrkar köpeskillingens utfående, och att det ingivna kontraktet innehåller en uppgift om att köpeskillingen till fullo erlagts. Detta tyder närmast på att svaranden icke särskilt åberopat betalning. Däremot kan det möjligen vara Olivecronas mening, att betalningen åberopats av käranden. I detta avsnitt skall dock endast behandlas den situationen, att svarsfaktum överhuvudtaget ej åberopats.

Att domstolen i detta fall skulle lägga icke åberopade svarsfakta till grund för domen strider, som vi funnit, mot RB 17: 3 p. 2. Men RB 44: 8 st. 2 p. 2 kunde ju innehålla ett undantag från det förstnämnda stadgandet. Den senare bestämmelsen innehåller två grunder för ogillande tredskodom mot käranden, nämligen dels att kärandens framställning »ej innefattar laga skäl för käromålet», dels att det »uppenbart framgår, att (detsamma) är ogrundat».

Det första villkoret innebär enligt PLB, att de av käranden åberopade omständigheterna måste räcka till en laglig grund för hans talan. Äro de otillräckliga, skall käromålet ogillas.[11] Detta kan inträffa, *dels* om käranden brustit i sin åberopsbörda genom att utelämna någon omständighet i grunden, *dels* om grunden, även om den skulle vara fullständigt åberopad, överhuvudtaget icke har den rättsliga betydelse, varom fråga är i målet, *dels* om kä-

[7] Se den utförligare argumentationen ovan s. 18 ff.
[8] Se Olivecrona: Rätt och dom s. 180 f.
[9] För det fallet, att ett rättsfaktum väl åberopats men ej av den part, som har åberopsbördan därför (käranden åberopar t. ex. svarsfaktum), se nedan s. 107 ff.
[10] Jfr Gärde s. 640.
[11] Se PLB. s. 466 och Gärde s. 640.

randen åberopat svarsfakta till sin egen nackdel. Det sistnämnda fallet skall behandlas längre fram.[12] Det mellersta måste sägas vara tydligt täckt av stadgandet.[13] Och detta är tillämpligt även i det första fallet, såsom senare skall visas.[14]

Däremot framgår det ej otvetydigt, huruvida »laga skäl för käromålet» saknas, därest uppenbara men icke åberopade svarsfakta föreligga. Enligt RB 44: 8 st. 2 p. 2 skall visserligen denna brist framgå av *kärandens* framställning av *omständigheterna* i målet. Och med framställning av omständigheter borde rimligen avses kärandens *åberopanden*. Detta kan tyckas framgå av RB 44: 8 st. 2 p. 1, som ju föreskriver, att framställningen skall tjäna som domsgrund. Men med tanke på att stadgandet kan utgöra ett undantag från huvudregeln i RB 17: 3 p. 2, är det ej helt omöjligt, att med kärandens framställning avses hela hans sakframställning, innefattande även sådana rättsfakta, som denne blott infört men ej åberopat. Vidare föreligger begränsningen till kärandens framställning ej vid uppenbart ogrundat käromål. Till att så är fallet skall domstolen taga hänsyn, även när detta »*eljest*» framgår. Men vad innebär detta?

Som exempel härpå angives i GÄRDES kommentar, att svaranden tidigare under handläggningen framställt invändningar, t. ex. om preskription. Däremot innehåller kommentaren ingen antydan om att även icke åberopade svarsfakta skulle få beaktas. Ej heller har kommentaren vid RB 17: 3 p. 2 gjort någon reservation för tredskodomssituationer från det uttryckliga förbudet att beakta svarsfakta utan särskilt åberopande. I vad angår dem som faktiskt åberopas, räcker det självfallet icke med blotta påståendet för att domstolen skall kunna grunda en tredskodom på dem. Svarsfakta kunna emellertid vara styrkta genom det bevismaterial, som föreligger. Bevisstyrkan skall dock vara avsevärd: svarsfakta måste ju framstå som uppenbara.

I övrigt nämner kommentaren klart grundad kvittningsinvändning samt nya uppgifter till svarandens fördel, som framkomma vid det sammanträde, då denne uteblivit.[15] Här skulle kunna komma ifråga det fallet, att käranden åberopar eller inför svarsfakta till sin egen nackdel.[16] Men varken åberopanden eller blott införande av svarsfakta omnämnas särskilt i kommentaren. De där givna exemplen utgöras av inskränkning av talan och medgivande av kvittning. Att man ansett sig behöva upptaga dessa tämligen självklara fall — men också blott dessa — tyder väl på att stadgandet icke ansetts ha en särskilt vid omfattning.

Om domstolen ex officio beaktade svarsfakta, borde det väl icke komma

[12] Se nedan s. 107 ff.
[13] Jfr EKELÖF: Civilprocessen II s. 227.
[14] Nedan s. 132 ff.
[15] Se GÄRDE s. 640.
[16] Om åberopande till egen nackdel se nedan s. 107 ff.

ifråga, att domstolen upptoge dem i domsgrunden utan att dessförinnan ha framhållit deras betydelse för käranden. I annat fall skulle ju denne betagas möjligheten att försvara sig mot dem. Men om domstolen själv upptager de icke åberopade rättsfakta till prövning och underrättar käranden därom, sätter sig domstolen på sätt och vis i svarandens ställe. Käranden får processa mot domstolen, icke inför den. Antag, att käranden vill förebringa motbevisning. Denna kan icke avvisas såsom varande utan verkan. Att en omständighet framstår som uppenbar på ett stadium av målet behöver ju ej innebära, att den fortfarande är uppenbar, sedan motbevisning förebringats. I Olivecronas exempel med den kvitterade köpeskillingen kanske käranden förnekar, att denna trots allt erlagts. Käranden vidgår visserligen kvittensen men vill ej yppa orsaken till att köpeskillingen felaktigt kvitterats. Han vill t. ex. icke för domstolen avslöja, att kvittensen tillkommit för att inför skattemyndigheterna falskeligen kunna styrka, att vinsten på affären uppkommit under det år avtalet skrivits, medan köparen i själva verket fått kredit till över årsskiftet. Att skatta för vinsten under det tidigare året hade nämligen varit förmånligare för säljaren. I stället för att omtala detta vill käranden höra två personer som vittnen, vilka varit närvarande, när avtalet ingicks. Vid huvudförhandlingen styrka vittnena kärandens påstående om att ingen betalning erlagts, och käromålet bifalles. Genom allt detta ha rättegångskostnaderna ökat, och svaranden, som kanske velat komma undan målet så billigt som möjligt, får finna sig i att betala mera än vad han tänkt sig. Käranden kan ju icke frånkännas rätten till ersättning för de kostnader, som tillkommit. Och man kan icke säga, att svaranden får skylla sig själv, och tillvita honom försumlig processföring blott därför, att han uteblivit. Svaranden kan ju enbart ha utnyttjat RB:s möjligheter till ett snabbt och billigt avgörande av ett otvistigt mål.

Exemplet synes visa, att domstolen icke bör på detta sätt lägga sig i parternas processföring. En part kan bäst själv avgöra, vilken inställning han skall intaga, särskilt som parten betydligt bättre än domstolen känner till omständigheterna i målet. Verklighetens fakta äro så talrika och varierande, att det som en gång framstått som uppenbart kan bli avsevärt mera osäkert, om ytterligare fakta bli kända. Domstolen kan icke veta, varför parten avstått från att åberopa motfakta. Det *kan* finnas goda skäl härför. Genom sitt ingripande utsätter domstolen svaranden för risker, som denne icke haft anledning befara. Och käranden kunde då misstänka, att domstolen ogärna skulle finna de invändningar grundlösa, som den en gång betraktat som uppenbart riktiga, och därmed påtaga sig ansvaret för att målet fördröjts och kostnaderna ökat.

Nå, men antag, att käranden istället för att åberopa motbevisning erkänner det till synes uppenbara svarsfaktum eller skuldmedvetet tiger därom. Ej

heller åberopar käranden replikfaktum. Då skulle ju sanningen segra och de nyss berörda nackdelarna icke förverkligas. Medges. Men domstolen kan icke i förväg känna kärandens inställning. Det är lika sannolikt, att denne kommer att förneka och åberopa bevisning eller också påstå replikfaktum,[17] ja, detta är sannolikare. Det förefaller nämligen troligare, att käranden har replikfakta eller motbevisning att tillgå, än att han väcker talan med ett processmaterial, som innehåller en uppenbar omständighet med förödande verkan för hans yrkande. Då nu domstolen icke kan känna till kärandens inställning, synes den ej heller böra ta risken av att dess ingripande skadar svaranden i stället för att hjälpa honom. Och att domstolen känner sig för med en fråga och låter saken falla, om käranden kommer med någon plausibel förklaring, synes ej böra ifrågakomma. Om praxis vore sådan, kunde kärande befaras gripa en förklaring ur luften, eftersom domstolen kunde förväntas nöja sig med varje plausibel sådan. Även om ej alla kärande skulle göra detta, skulle de fräcka och försigkomna gynnas, medan de hederliga skulle förlora sina mål, något som icke kan verka befrämjande på allmänhetens förtroende för domstolarna. Eller också finge domstolen säga sig, att kärandens förklaring vore ganska värdelös. Men då måste frågan utredas ytterligare och bevisning förebringas. Nej, domstolen bör icke ex officio upptaga svarsfakta till prövning ens i det fallet, att de framstå som uppenbara. Den svarande, som till äventyrs icke medvetet avstått från att försvara sig utan försummat detta, är därmed icke prisgiven. Han kan söka återvinning.

Att käranden kan erhålla tredskodom mot svaranden vid dennes utevaro är motiverat av två olika skäl.[18] Å ena sidan är detta ett bekvämt och billigt sätt att få sådana mål avgjorda, där svaranden icke finner det mödan lönt att ingå i svaromål. Om svaranden önskar utnyttja denna möjlighet till ett snabbt och billigt avgörande, bör domstolen ej lägga hinder i vägen. Å andra sidan utgör tredskodom i de fall, där svaranden avser att försvara sig, en sanktion mot utevaro. I detta fall förstärkes sanktionstrycket, därest svarsfakta aldrig beaktas av domstolen med mindre svaranden verkligen inställer sig och åberopar dem. Svaranden kan då inte hålla sig undan i förlitan på att domstolen skall sköta hans försvar.

Icke heller i tredskodomssituationer får domstolen således lägga sådana rättsfakta till grund för domen, vilka ej av part åberopats till grund för hans talan. RB 44: 8 utgör intet undantag från vad som stadgats i RB 17: 3 p. 2.

[17] Om käranden åberopar replikfaktum, kan målet icke avgöras vid det tillfälle, då svaranden uteblivit. Den senare måste nämligen först få ta del av det nya åberopandet (RB 44: 8 st. 2 p. 1). Även härigenom försenas avgörandet och kostnaderna öka, eftersom käranden måste inställa sig ytterligare en gång. Även kärandens åberopande av bevisning måste leda till uppskov (Gärde s. 639).

[18] Se Olivecrona: Rätt och dom s. 182 samt Ekelöf: Civilprocessen II s. 225.

Den sistnämnda bestämmelsen gäller även vid parts utevaro. Detta torde säkerligen också vara vad lagstiftaren avsett.

I *helt* dispositiva mål gäller sålunda, att samtliga rättsfakta måste åberopas av part för att kunna beaktas av domstolen. Detta gäller även samtliga moment i rättsfaktum, för så vitt icke detta eller delkomplex däri äro ostridiga. Om motparten erkänner, kan det räcka med ett mera allmänt formulerat åberopande.[19] Men eljest måste denne få en exakt uppgift om vad han har att försvara sig mot.[20] Vidare måste nog även *notoriska* fakta åberopas, i den mån sådana undantagsvis kunna få omedelbar relevans. Åberopsbördans ändamål synes icke motivera någon skillnad därvidlag.[21] Visserligen har motparten såtillvida intet intresse av att få notoriska rättsfakta preciserade, att han icke behöver förbereda motbevisning mot dem. Men icke desto mindre bör part vara skyldig att genom åberopande fästa motpartens uppmärksamhet även vid notoriska rättsfakta. Den senare kan ju ha anledning att tillgripa annat försvar än motbevisning, t. ex. rättsinvändning eller åberopande av motfakta.

Emellertid kan det i ett dispositivt mål finnas vissa *indispositiva moment,* som skola av domstolen beaktas utan åberopande.[22] Detta behöver ej medföra, att processen i sin helhet blir att betrakta som ett indispositivt mål. Orsaken till att vissa moment böra uppmärksammas ex officio är naturligtvis, att somliga tvingande lagbestämmelser icke böra få kringgås genom process.[23] Antag exempelvis, att en jordbrukare sålt sitt hemman till en person, som icke har utsikt att erhålla förvärvstillstånd. Den senare instämmer nu säljaren med yrkande om bättre rätt till fastigheten. Som grund åberopar han köpeavtalet. Säljaren medgiver käromålet. Om domstolen då bifölle köparens yrkande utan att beakta ogiltighetsgrunderna i 8 § jordförvärvslagen, kunde de åsyftade verkningarna av denna lag nästan helt omintetgöras. Dessa ogiltighetsgrunder måste därför beaktas även utan åberopande. Frågan om äganderätten i övrigt har däremot dispositiv karaktär. Eftersom huvudspörsmålet är dispositivt, böra också reglerna för dispositiva mål tillämpas på rättegången i övrigt. Om köparen sålunda skulle styrka, att han erhållit förvärvstillstånd, skall domen grundas på säljarens medgivande. Och om

[19] Härom vidare nedan s. 69 ff.

[20] Sobernheim anser för tysk rätts del, att domstolen visserligen ej finge beakta nya grunder eller invändningar. Däremot kunde domstolen grunda domen på varje infört rättsfaktum, som fölle inom ramen för grunden resp. invändningen och ej innebure ändring av talan. Detta kunde ske, även om omständigheten ej anförts av part (jfr ovan s. 11 not 30) utan införts t. ex. genom bevisningen (se Sobernheim s. 70 f.). — En sådan ordning försvårar motpartens processföring avsevärt och innebär stora risker för koncentrationen av huvudförhandlingen. Sobernheims åsikt kan därför icke accepteras för den svenska rättens vidkommande.

[21] Jfr Kallenberg II s. 16.

[22] Ett exempel härpå hos Ekelöf: Rättegång I s. 47.

[23] Jfr Ekelöf a. st. samt Olivecrona: Rätt och dom s. 194.

denne skulle utebliva, bör köparen efter företeende av förvärvstillståndet kunna erhålla tredskodom.[24]

De indispositiva momenten synas emellertid böra uppdelas i två grupper. Den ena, vartill exemplet med förvärvstillståndet hör, innehåller sådana moment, vilkas existens domstolen alltid är skyldig att *efterforska*. Beträffande den andra gruppens moment vore det däremot orimligt att av domstolen kräva sådant efterforskande. Endast om domstolen får särskild anledning att misstänka ett sådant moments existens, bör den undersöka frågan närmare.[25] Antag exempelvis, att domstolen ex officio skall beakta omständigheter, som medföra, att en fordran skall karakteriseras som spelskuld.[26] Det kan i så fall icke rimligen krävas, att domstolen skall närmare granska en stor mängd anhängiggjorda krav för att få klarhet i om något av dem möjligen avser spelskuld. I det allt övervägande antalet mål skulle ju så icke vara fallet. Om det här verkligen rör sig om ett indispositivt moment, måste detta alltså tillhöra den grupp, där domstolen icke är skyldig att efterforska det indispositiva momentets existens.

Antag emellertid, att förloraren i spelet har utfärdat en revers på förlusten till vinnaren. Den senare instämmer den förre, åberopar skuldebrevet men aktar sig naturligtvis noga för att angiva fordringens karaktär av spelskuld. Svaranden utebliver, eller också infinner han sig men håller också han tyst med att fordringen uppkommit vid spel. Domstolen, som ej haft någon anledning att misstänka detta och därför ej heller gått in på frågan, bifaller käromålet. Resultatet härav blir, att svarandens ställning blir ungefär densamma, som om han haft en åberopsbörda beträffande fordringens karaktär av spelskuld. Det är ju han som fått bära nackdelen av att detta faktum ej ingått i processmaterialet. Även beträffande rättsfakta, som skola beaktas ex officio, finns det således ett slags motsvarighet till åberopsbördan åtminstone i sådana fall, där domstolen icke är skyldig att efterforska det indispositiva momentets existens. Att domstolen icke beaktar sådana moment, trots att de verkligen förelegat, måste ju alltid vara till någondera partens nackdel. Denne blir lidande på sin tystnad på samma sätt som en part med åberopsbörda blir lidande genom att icke åberopa. Skillnaden är, att parten i det förra fallet ej behöver åberopa omständigheten ifråga för att undgå nackdelen. Det räcker med att fästa domstolens uppmärksamhet därpå, om den icke på annat sätt införts i målet.[27] Om någon åberopsbörda i teknisk mening är det

[24] Svaranden skall dock dessförinnan ha fått del av uppgiften om att förvärvstillstånd finnes (RB 44: 8 st. 2 p. 1).

[25] Man jämföre skillnaden mellan tvingande och dispositiva processhinder. Se härom Ekelöf: Rättegång II s. 198 f.

[26] Det må framhållas, att härmed ställning icke är tagen till frågan om sådana fakta verkligen skola beaktas ex officio eller endast efter åberopande. Jfr Sjöström s. 165.

[27] Detta kan ske även genom att motparten nämner omständighetens kontradiktoriska motsats. Därmed får domstolen anledning att uppmärksamma rättsfaktum och fråga par-

alltså icke fråga. Däremot kan man i sådana situationer tala om en »informationsbörda».[28] Denna åvilar den part, som blir lidande på att omständigheten icke omnämnts eller på annat sätt tillförts processmaterialet. Det kan förtjäna att framhållas, att en sådan informationsbörda föreligger även beträffande sådana indispositiva moment, som domstolen är skyldig att efterforska, och detta även i indispositiva mål, ja rent av i brottmål med avseende på motfakta. Då är dess betydelse emellertid reducerad till sådana situationer, där rätten försummat sin skyldighet att ex officio efterforska omständighetens existens, eller där efterforskningen misslyckats.

Att närmare ingå på en undersökning av olika indispositiva moment för att bestämma till vilken grupp de skola hänföras, faller utom ramen för denna avhandling. Gränsdragningen torde mången gång vara tveksam. Därtill kommer, att det i stor utsträckning är outrett, vilka de indispositiva momenten äro. Denna fråga har endast sällan uppmärksammats i doktrinen.[29]

I stället skall här behandlas frågan om *hur preciserat ett åberopande måste vara.* Behöva samtliga moment i ett rättsfaktum alltid åberopas särskilt, eller kan det ibland räcka med att momenten åberopas sammanförda till ett komplext rättsfaktum under en gemensam beteckning? Vi belysa frågan med följande exempel: En säljare, S, yrkar förpliktande för köparen K att utgiva köpeskillingen. Köpeavtalet måste tydligen åberopas som grund för yrkandet. Räcker det därvidlag med att S säger sig åberopa ett mellan parterna ingånget köpeavtal, eller måste S uppdela åberopandet på avtalets olika moment? I det senare fallet skulle S då behöva påstå t. ex. att parterna överenskommit, att S skulle överlåta saken till K med äganderätt, samt att K i gengäld skulle erlägga ett visst belopp till S. Problemet avser med andra ord åberopandets »substantiering», en term som användes i liknande sammanhang inom tysk doktrin.[30]

Uppenbarligen räcker det icke för säljaren att enbart åberopa, att parterna

terna, hur det förhåller sig därmed. Annorlunda är det med åberopsbördan. Om en part har åberopsbördan för rättsfaktum *A* men icke åberopar detta, medan motparten i stället åberopar *icke-A,* medför ej detta någon rätt för domstolen att grunda domen på *A*. Se härom nedan s. 96 ff.

[28] Se även nedan s. 157 med not 146.

[29] Ett fall behandlas av Vahlén s. 55 not 40.

[30] Det bör observeras, att parallellen med den tyska rätten icke så mycket ligger på det område, där striden har stått mellan de s. k. individualiserings- och substantieringsteorierna. Dessa avse nämligen problemet om vad käranden har att åberopa redan i sin »Klageschrift», den tyska motsvarigheten till stämningsansökan, något som har stor betydelse för ändring av talan, rättskraft o. s. v. (Se Rosenberg: Lehrbuch § 91 II 2 b samt Olivecrona: Domen s. 238 not 47.) Däremot blir det en parallell, när det gäller att avgöra, hur mycket part *överhuvudtaget* måste uppdela sina åberopanden, oavsett om detta skall ske redan i stämningsansökan eller senare. Problemet uppkommer givetvis främst för anhängarna av individualiseringsteorien, men många av dessas motståndare kräva ej heller ett fullständigt åberopande av rättsfaktums *samtliga* moment redan i stämningsansökan (se hos Hellwig: System I s. 309 f. anförd litteratur).

ingått ett köpeavtal. Detta måste nämligen individualiseras.[31] Eljest är grunden otydligt angiven.[32] Visserligen behöver detta ej alltid ha så stor betydelse för svarandens möjligheter att förbereda sin talan, eftersom kanske blott ett enda avtal ingåtts mellan parterna och svaranden därför sluter sig till att yrkandet grundas på detta. Men även om endast ett avtal är aktuellt, bör svaranden likväl underrättas om att käranden avser just detta. Eljest kunde svaranden befara, att käranden sökte pådyvla honom ett annat, obefintligt avtal. Och då kunde den förre icke utnyttja det billiga och bekväma sättet att snabbt få saken avgjord genom tredskodom. Svaranden skulle då alltid behöva inställa sig för att kontrollera, vilken grund som käranden avsett.

Grunden för käromålet måste emellertid vara individualiserad även av andra skäl. Detta är ju nödvändigt för att man skall kunna avgöra frågor om ändring av talan, litispendens och rättskraft.[33] I exemplet med köpeavtalet måste man alltså få veta, vilket avtal det är fråga om. För besvarandet av denna fråga torde det i regel vara tillräckligt att angiva kontrahenterna, tidpunkten för avtalets ingående, avtalets karaktär av köp e. d. samt objektet för överenskommelsen, d. v. s. i detta fall vad som försålts. Därest flera liknande avtal ingåtts samtidigt kan det bli erforderligt att precisera åberopandet ytterligare. Antag t. ex., att en gäldenär samma dag utfärdat tre inteckningsreverser, alla på lika stort belopp. Om en borgenär därefter vill åberopa en av dessa som grund för sin talan, kan han lämpligen individualisera denna genom att angiva inteckningens dag och nummer.

Stundom torde det dock kunna inträffa, att en fullständig individualisering synes omöjlig. Antag t. ex., att de tre nyssnämnda skuldebreven icke varit inteckningsreverser utan vanliga, helt likalydande skuldebrev, vardera å 10 000 kronor, utfärdade den 1 juli 1951. Om skuldebreven numrerats, kunna de ju individualiseras genom angivandet av numret. Men vi antaga, att de äro onumrerade.

Borgenären yrkar år 1958 betalning med 10 000 kronor under åberopande av ett av skuldebreven. Därest ingenting upplyses i målet om de två övriga reverserna, kan domstolen givetvis ej vara skyldig att efterforska, huruvida ytterligare sådana förekomma. Men antag, att borgenären i sin stämningsansökan framhållit, att tre likalydande skuldebrev utfärdats, och att han nu önskade åberopa ett av dessa. Här vore det önskvärt, att domstolen kunde ålägga borgenären att numrera skuldebreven, så att dessa kunde särskiljas.

[31] Till undvikande av missförstånd skall det särskilt framhållas, att här enbart talas om individualisering av det åberopade sakförhållandet, icke om individualisering av talan, »rättsförhållande» eller dylikt.

[32] RB 42:4 st. 1; jfr Ekelöf: Processledning s. 7.

[33] Enligt Ekelöf skulle så icke alltid vara fallet, se Rättegång III s. 88 ff. Annorlunda Olivecrona: Rätt och dom s. 284 ff. — Jfr Kallenberg II s. 347 ang. individualiseringskravet.

Eljest kan följande situation uppkomma: Borgenärens talan bifalles. Gäldenären betalar ej, men borgenären söker ej heller exekution. År 1960 dör borgenären, och hans tre barn tillskiftas var sitt skuldebrev. Barnen överlämna reverserna till en inkasso-mandatarie, vilken 1962 som ombud för barnen väcker talan mot gäldenären under åberopande av alla tre skuldebreven. Denne invänder, att två av fordringarna äro preskriberade, eftersom de äro över tio år gamla, samt att den tredje är res judicata. Kärandena förmå ej styrka preskriptionsavbrott. Deras ombud framhåller, att han icke kunde åtaga sig att tilldela ett av barnen den domfästa fordringen, utan att han överlämnade till rätten att avgöra, vilken talan som borde avvisas. Såvitt jag förstår, är rättskraftsfrågan i detta exempel olöslig. Och rätten kan svårligen komma ifrån att taga ställning därtill. Hur det än går, skola två kärandes yrkanden ogillas och den tredjes talan avvisas. Då måste man ju veta, vilken denne tredje är.

Detta till synes olösliga problem kunde som sagt förebyggas genom att borgenären i den första processen ålades att numrera skuldebreven. Det är emellertid tveksamt, huruvida någon laglig grund för ett sådant föreläggande kan uppletas. Jag skulle därför vilja förorda, att domstolen går till väga på ett annat sätt. Om rätten erfar, att likalydande, onumrerade skuldebrev finnas, bör den med stöd av RB 38: 1 förelägga käranden att förete det åberopade skuldebrevet i huvudskrift. Detta bör därefter förses med rättens stämpel och märkas med målets nummer, varefter det återställes till käranden. Därigenom blir skuldebrevet effektivt individualiserat för framtiden.

De ovan berörda ändamålsskälen motivera emellertid icke, att vad som åberopats alltid och under alla förhållanden måste vara individualiserat. Sålunda är detta icke fallet med sådana komplexa rättsfakta, som bruka benämnas prejudiciella rättsförhållanden. Antag t. ex., att käranden yrkar skadestånd under påstående, att svaranden vid ett bestämt tillfälle och genom ett närmare beskrivet vårdslöst beteende skadat en käranden tillhörig sak. Ett civilrättsligt relevant rättsfaktumskomplex är i detta fall, att käranden vid skadetillfället var ägare till saken. Åberopas icke detta (eller någon likvärdig alternativ omständighet[34]), kan käromålet icke vinna bifall. I vårt exempel får käranden anses ha åberopat sin äganderätt genom att påstå, att saken var honom tillhörig. Enligt den gamla läran om rättigheternas individualisering[35] skulle det väl också räcka med angivandet av äganderättens objekt för att densamma skulle anses individualiserad. Äganderättens uppkomstgrund skulle härvidlag sakna betydelse. Olivecrona har framhållit, att något som uppkommit vid en tidpunkt genom en grund knappast kan

[34] T. ex. att käranden innehade saken med nyttjanderätt och i förhållande till ägaren ansvarade för att saken återlämnades i fullgott skick.
[35] Se härom Olivecrona: Grunden s. 11 ff.

sägas vara identiskt med något som uppkommit vid en annan tidpunkt och genom en annan grund.[36] Oavsett huru därmed förhåller sig, kan man ifrågasätta, huruvida det icke skulle mera befrämja klarhet och reda i tankegången att säga uppkomstgrunden alltid vara av betydelse för äganderättens identitet. Antag, att en person köpt en sak, sålt den och senare köpt den på nytt. Åtminstone på mig verkar det lätt förvirrande att säga, att han alltjämt har samma äganderätt till saken.[36a]

Bör man i det relaterade exemplet fordra av käranden, att han närmare skall precisera sitt åberopande genom att angiva de omständigheter, vilka medfört, att han nu är sakens ägare? Detta synes icke vara erforderligt, åtminstone ej till att börja med. I skadeståndsmål är vanligen den skadelidandes äganderätt till den skadade saken ostridig. Det förefaller icke finnas något rimligt skäl, varför käranden skulle åläggas att uppdela sitt åberopande av äganderätten i dess olika moment. Vanligen skulle svaranden erkänna, att dessa förelåge, och därefter skulle uppdelandet framstå som en onödig komplikation. Det bör därför tillåtas, att käranden helt allmänt åberopar sin äganderätt. Skulle svaranden förneka denna, blir käranden emellertid tvungen att särskilt åberopa de omständigheter, varav äganderätten uppkommit.[37] Underlåter käranden detta, bör domaren använda sin materiella processledning till att påpeka bristen.[38] Om käranden likväl framhärdar i sin underlåtenhet, kan käromålet ogillas på den grund, att denne brustit i sin åberopsbörda.[38a]

Helt annorlunda ligger det till, om käranden yrkat fastställande av bättre rätt till saken. Då kan det icke ens inledningsvis räcka med att käranden allmänt åberopar sin äganderätt. Denna utgör ju processens huvudfråga och är vanligen tvistig. Svaranden kan i regel väntas vilja bemöta kärandens påstående. Därför kräves det, att den förre redan genom stämningsansökningen underrättas om hur käranden grundar sin äganderätt. Och om man utgår från att rättskraft och litispendens icke omfatta jämväl alternativa äganderättstitlar,[38b] måste man för att kunna bestämma omfånget av dessa rättsföljder veta, vilken äganderättsgrund käranden gör gällande i målet. Skulle stämningsansökningen icke innehålla uppgift därom, skall domstolen förelägga käranden att komplettera densamma. Om käranden underlåter detta, måste ansökan avvisas.[39]

Likartat torde förhållandet vara i andra fall, där grunden huvudsakligen

[36] Se a. a. s. 20.

[36a] Å andra sidan synes det ej lika lämpligt att tala om flera ogiltigheter av ett avtal, därest olika ogiltighetsgrunder föreligga.

[37] Jfr Rosenberg: Lehrbuch § 103 II 1 a), Korsch s. 16 samt Motulsky: Principes s. 93 och 95.

[38] Se ovan s. 29 och 34. Se även Korsch s. 34.

[38a] A. m. Korsch s. 17.

[38b] A. m. Ekelöf: Rättegång III a. st.

[39] RB 42:3 och 4.

består av ett i berörda hänseende komplext rättsfaktum. Men även ifråga om en prejudicialfråga kan en uppdelning av åberopandet böra krävas redan innan motparten angivit sin inställning. Det avgörande torde vara, huruvida det komplexa rättsfaktum i mål av ifrågavarande typ vanligen är tvistigt eller ej. Endast i det senare fallet bör ett allmänt åberopande godtagas. Sålunda kan det i regel icke vara tillräckligt, att käranden till grund för ett yrkande om skadestånd åberopar — jämte den uppkomna skadan — att svaranden är vållande därtill. Först och främst måste grunden individualiseras, genom att skadegörelsen fixeras till tid och rum. Sker icke detta, kan stämningsansökningen slutligen avvisas. Motiveringen härför är densamma som tidigare, nämligen hänsynen till rättskraft m. m. Men även om käranden i sin stämningsansökan åberopat skadetillfället, skadan samt svarandens vållande utan närmare precisering därav, torde domstolen oftast böra förelägga honom att komplettera ansökningen. I skadeståndsmål torde det nämligen vara betydligt vanligare, att vållandefrågan är tvistig, än tvärtom. Domstolen kan därför med rätt stor sannolikhet förutse, att svaranden vid första inställelsen förklarar sig icke kunna prestera något detaljerat svaromål, eftersom han icke vet, vad käranden lägger honom till last. Förberedelsen skulle härigenom draga ut på tiden och rättegångskostnaderna öka. Dock kan det finnas situationer, då risken härför förefaller obetydlig. Så är fallet, om käranden i stämningsansökningen upplyser, att svaranden väntas erkänna vållande, att tvist råder endast om skadeståndets belopp eller dylikt. I sådana fall torde nämligen det vanligaste vara, att svarandens inställning verkligen visar sig vara den, som käranden angivit. Här finns det ingen anledning för domstolen att företaga andra åtgärder än att utfärda stämning. Om käranden däremot ej lämnat en dylik motivering, synes domaren böra taga kontakt med honom eller hans ombud. Även en därvid lämnad muntlig motivering av angivet innehåll synes vara tillräcklig för att stämning skall kunna utfärdas. Eljest bör domstolen förelägga käranden att komplettera ansökningen för att förhindra, att första inställelsen spolieras. Om käranden underlåter att efterkomma föreläggandet, torde ansökningen böra avvisas.

När målets karaktär sålunda giver anledning till antagande, att ett komplext rättsfaktum skall visa sig vara ostridigt, bör också ett allmänt åberopande därav godtagas. Som exempel på andra sammansatta rättsfakta av icke fullt så allmän karaktär som vållande skola vi erinra om det ovannämnda fallet med säljaren, som yrkade köpeskillingens utfående på grund av ett köpeavtal, vars särskilda moment icke åberopats var för sig. Att avtalet individualiserats till kontrahenter, tid och objekt ha vi tidigare funnit erforderligt. En eventuell överenskommelse om köpeskillingens storlek torde ej inledningsvis behöva åberopas,[40] men käranden måste självfallet angiva, hur myc-

[40] Se Olivecrona: Rätt och dom s. 207.

ket han yrkar. Huruvida åberopandet i övrigt bör uppdelas torde bero på målets art och motpartens inställning. Om käranden yrkar köpeskillingens utfående, synes det i regel vara tillräckligt, att han i stämningsansökningen åberopar blott avtalet med dess individualiserande moment. Detta är tillräckligt för att erhålla tredskodom. Domstolen har till en början ingen anledning att kräva ytterligare precisering. En sådan synes opåkallad, om tvisten sannolikt blott rör avtalets uppfyllande. Svarandens förnekanden i svaromålet kunna emellertid medföra, att käranden måste åberopa avtalsmomenten mera i detalj. Så är främst fallet, om svaranden påstår, att avtalet icke avsett köp. Och att svaranden förnekar, att han träffat en överenskommelse med käranden, kan t. ex. göra det nödvändigt för den senare att åberopa dels en fullmakt av svaranden, dels att avtalet ingåtts med fullmäktigen. Möjligen kan det tänkas, att något liknande inträffar, om svaranden förnekar, att avtalet avsett det gods, som käranden gör gällande. Käranden har t. ex. yrkat utfående av köpeskillingen för »försålt sågtimmer», beräknad efter visst pris per kubikmeter. Svaranden erkänner visserligen, att ett köpeavtal ingåtts, men förnekar, att avtalet gällt sågtimmer. Svaranden menar sig nämligen ha köpt ved, som givetvis är billigare. Då kan det bli nödvändigt, att käranden preciserar sitt åberopande genom att närmare angiva den enligt hans mening överenskomna beskaffenheten av virket.

Här måste man dock hålla isär två olika förhållanden, nämligen å ena sidan att svaranden förnekar, samt å andra sidan att svaranden åberopar motfaktum. Utgör svarandens påstående om att avtalet gällt ved ett motfaktum? Så hade tveklöst varit fallet, om svaranden i stället invänt, att virket t. ex. varit svårt rötskadat och således icke av överenskommen kvalitet, varför han vore berättigad till avdrag på köpeskillingen. Då hade det rört sig om fel i godset, något som bör ankomma på köparen att åberopa.[41] Men i vårt exempel är det fråga om att avtalet gällt något annat än vad köparen påstått.

Detta exempel kan jämföras med det fallet, att säljaren yrkar betalning för en ännu ej levererad maskin, medan köparen förnekar, att avtalet avsett denna maskin. Köparen motiverar sin inställning med att det enligt hans mening varit en mindre och billigare maskintyp som sålts, men han framställer intet åberopande härvidlag. Säljaren vidbliver sitt påstående utan att alternativt åberopa köp av den billigare maskinen. Vid överläggningen till dom finner domstolen styrkt, att avtalet avsett den mindre typen. Nu kan man först fråga sig, om domstolen kan grunda domen på detta, som ju icke särskilt åberopats. Domstolen är oförhindrad att såsom domsgrund upptaga, att avtalet icke gällt den större maskinen.[42] Skulle det föreligga någon skillnad

[41] Se nedan s. 257 not 1[a] jämfört med s. 239.

[42] RB 35: 3 e contrario. Ett erkänt påstående måste domstolen lägga till grund för domen. Men om erkännande icke föreligger, måste domstolen kunna konstatera, att påståendet är falskt.

mellan detta och konstaterandet, att avtalet gällt den mindre typen? Ja, såtillvida föreligger det en skillnad, som det senare uttrycker mera än det förra, nämligen vad avtalet i själva verket innehållit. Väl bör man icke lägga alltför stor vikt vid själva uttryckssättet, om domstolen endast använt uttalandet för att motivera, varför säljarens åberopande icke kan godtagas. I själva verket har då överenskommelsen om den mindre maskinen beaktats som ett bevisfaktum för att avtalet om den större icke existerar. Detta är fullt tillåtet. Bevisfakta får ju domstolen beakta utan åberopande. Däremot synes det strida mot RB 17: 3 p. 2, att domstolen i domsgrunden upptager avtalet om den mindre maskinen som ett *rättsfaktum* och därpå baserar sitt domslut. Domstolen kan alltså icke bifalla käromålet till en del på grund av köp av den mindre maskinen. Vidare synes det framgå, att svarandens version av avtalet icke utgör ett motfaktum i egentlig mening, eftersom det icke kräves åberopande därav för att svaranden skall kunna ha framgång med sin talan. För detta ändamål räcker det ju med att förneka grunden. Att svaranden dessutom skulle åberopa sin version av vad som förevarit kan man icke kräva.

Att svarandens version av avtalet icke är ett motfaktum förvånar ju ej heller, om man tänker på huru motfaktum definierats. Ett sådant skulle ju vara en omständighet, som medför, att grunden icke har den juridiska betydelse, som eljest skulle tillkomma den. Men i detta fall förhåller det sig ju icke så, att svaranden åberopat något ytterligare faktum, som förtar grunden dess verkan. Svaranden angriper i stället själva grunden och gör gällande, att åberopade omständigheter i denna i själva verket aldrig existerat.

Antag nu, att svaranden faktiskt åberopat sin version av avtalet som rättsfaktum. Skulle detta innebära, att domstolen kunde bifalla käromålet till den del, som kunde grundas på svarandens version? I så fall skulle vi här ha ett exempel på att åberopanden kunde av domstolen utnyttjas till den åberopandes nackdel. Härtill få vi anledning att återkomma.[43] Men om situationer sådana som denna kan det väl redan här sägas, att det är mindre lämpligt att göra det oförmånligt för svaranden att lämna uppgifter i målet. Om det nämligen förhölle sig så, att svarandens version av avtalet kunde användas emot honom som en grund för bifall till en del av käromålet, skulle det väl i dessa tydliga fall medföra, att svarandena antingen inskränkte sig till att förneka kärandenas påståenden, vilket skulle försvåra utredningen, eller också uttryckligen förklarade, att de icke eller blott såsom bevisfaktum åberopade sin version av avtalet. Men då sistnämnda möjlighet finnes enligt RB 17: 3 p. 2 och icke heller medför någon nackdel för svaranden, är det svårt att inse, vad det skulle tjäna till att behandla den svarande sämre, som icke förstått att akta sig för att åberopa det ifrågavarande sakförhållandet som

[43] Se nedan s. 122 f.

rättsfaktum. Det är komplicerat nog, som det är, med åberopandena; man bör icke göra det värre än nödvändigt för parterna.

När käranden inskränkt sig till att begära betalning för den större maskinen utan att utnyttja den uppenbara möjligheten att åberopa köpet av den mindre som alternativ grund, kan det väl icke heller komma ifråga, att domstolen skulle tillerkänna honom likvid för den mindre.[44] Käranden har ju i realiteten förnekat, att han sålt den mindre maskinen. Han måste själv få avgöra, vilken sak han skall kräva betalning för. Det kan finnas skäl för att han icke vill göra gällande köp av den mindre maskinen. Denna kan t. ex. ej längre levereras. Det synes sålunda strida mot dispositionsprincipen att tillerkänna käranden betalning för något annat än han krävt.

Vi återgå nu till exemplet med virkesköpet. Detta är såtillvida annorlunda, som tvisten här icke avser frågan om vilkendera av två saker som försålts utan *beskaffenheten* av ett redan levererat parti. Men även här gäller, att det är tillräckligt försvar för köparen att förneka, att avtalet gällt sågtimmer. Antag, att bevisningen givit vid handen, att kontrahenterna i vart fall icke avsett timmer av nyssnämnda kvalitet. Vad köpet egentligen omfattat blir däremot icke klart; man vet endast, att det rört sig om någon annan sorts virke. I så fall måste käromålet ogillas. Annorlunda kan det icke förhålla sig, om det väl framkommer men icke åberopas, att avtalet gällt ved. Eftersom denna beskaffenhet hos virket icke är åberopad som rättsfaktum, får domstolen icke upptaga den i domsgrunden på annat sätt än som ett bevisfaktum gentemot kärandens åberopande. Någon rättsföljd, t. ex. betalningsskyldighet, får domstolen icke grunda därå. Och icke heller här synes svaranden böra komma i sämre läge för att han råkat åberopa sin version av avtalet. Om säljaren icke velat alternativt grunda sitt yrkande på att avtalet gällt virke av sämre kvalitet än han i första hand gjort gällande, så bör domstolen låta honom stå risken därför och icke tillerkänna honom betalning för något, som han ej ens påstått vara sålt.

Om emellertid säljaren vill stå fast vid sin ursprungliga uppfattning, och frågan om den avtalade beskaffenheten av virket är tvistig, kan det bliva nödvändigt för honom att åberopa något mera än ett avtal av visst datum om köp av sågtimmer. De mera detaljerade överenskommelser om dimensioner och beskaffenhet i övrigt, som kontrahenterna enligt hans mening träffat, måste särskilt åberopas. Eljest kommer domstolen att ogilla käromålet med motivering, att säljaren icke ens åberopat, huru virket enligt avtalet

[44] Det förutsättes, att det alltjämt rör sig om variationer inom ett och samma avtal. Vid två olika avtal gäller resonemanget e fortiori, eftersom domstolen uppenbart icke kan ändra kärandens talan. — Man torde knappast kunna lösa problemet genom att säga olika yrkanden föreligga. Här gäller det nämligen ändringar i rättsfakta, medan yrkandet förblir ett och detsamma. Om yrkandets identitet se Ekelöf: Grundbegrepp s. 43 och 114 samt Olivecrona: Grunden s. 2.

skulle vara beskaffat, vilket gjort det omöjligt att bedöma, om det skall anses som sågtimmer eller ej.

Att säljaren redan i stämningsansökningen åberopar avtalets detaljer kan dock ej anses erforderligt. Det torde nämligen höra till undantagen, att köparen förnekar säljarens påstående om vad som sålts eller om godsets beskaffenhet. I flertalet mål skulle ett mera detaljerat åberopande därför icke fylla någon funktion. Men antag, att säljaren på förhand känner till köparens inställning. Då bör den förre naturligtvis avfatta sin stämningsansökan så detaljerat som möjligt på de punkter, som beräknas bli tvistiga. Därigenom underlättas förberedelsen i målet.[45] Och skulle det förhålla sig så, att säljaren önskar väcka talan om att domstolen skall fastställa, att virket enligt avtalet skall vara av viss kvalitet, måste samtliga avtalsdetaljer i detta hänseende åberopas. Då utgör ju detta den egentliga tvistefrågan.

Sammanfattningsvis kan sålunda sägas, att moment i sammansatta rättsfakta åtminstone inledningsvis kunna åberopas gemensamt under en samlingsbeteckning. Förutsättningen är dock, att en närmare precisering icke erfordras för grundens individualisering, samt att målets typ är sådan, att ifrågavarande rättsfaktumskomplex i det övervägande antalet fall är ostridigt. Därefter får det bero av motpartens inställning, huruvida åberopandet senare måste närmare preciseras eller ej. I den mån motparten erkänner, erfordras ingen ytterligare precisering. Eljest kan denna ej undgås.

[45] Se Ekelöf: Civilprocessen II s. 158

# Kap. 4.
# Allmänt om åberopsbördans fördelning. Om kontradiktoriska och konträra åberopanden.

I de fall, då rätten icke får ex officio beakta rättsfakta, och då parterna alltså ha att svara för stoffet av faktiska omständigheter till grund för rättens avgörande, kan det esomoftast inträffa, att processmaterialet icke innehåller alla de rättsfakta, som rent civilrättsligt äro av relevans i målet. Antag, att det i ett skuldfordringsmål icke åberopats något angående betalning. Frågan huruvida skulden betalats är givetvis av omedelbar betydelse för utgången i målet. Men eftersom ingenting åberopats angående betalning, får domstolen ej ta hänsyn till omständigheten ifråga som element i domsgrunden. Dessutom har domstolen sällan någon möjlighet att förvissa sig om huruvida skulden gäldats eller ej. Av parternas tystnad på denna punkt kan man ju inte draga några slutsatser. Gäldenären kan faktiskt ha betalat men under sådana omständigheter, att han mot borgenärens förnekande icke har någon möjlighet att styrka betalningsinvändningen. Att åberopa betalning kan i detta fall te sig lönlöst för gäldenären.

Som tidigare inledningsvis framhållits måste det uteblivna åberopandet i betalningsfrågan nödvändigtvis gå ut över endera parten. Domstolen har ju att avgöra målet, sådant det föreligger, och på grund av de rättsfakta, som åberopats. Domstolen måste antingen bifalla eller ogilla borgenärens talan. En dom måste under alla förhållanden givas, för så vitt icke rättegångshinder skulle föreligga. Bifalles käromålet, betyder detta, att ovissheten angående betalningen går ut över gäldenären. Omvänt, om käromålet ogillas, går ovissheten ut över borgenären. Detta kan med andra ord uttryckas så, att åberopsbördan i betalningsfrågan åvilar gäldenären i det första fallet och borgenären i det andra.

Nu skulle man kunna tycka, att det i regel borde vara självklart, till vilkens nackdel domen i sådana situationer skulle utfalla. Detta kan dock i åtskilliga fall vara högst tveksamt, något som sammanhänger med följande förhållande: När man uppställer frågan, vilkendera parten som skall åläggas åberopsbördan för en viss omständighet, får man taga i beaktande icke blott omständigheten själv utan även dess kontradiktoriska motsats.[1] Detsamma gäller för övrigt också vid bevisbördans fördelning. De båda sidorna i motsatsförhållandet bilda ett slags enhet, i vilken man allt efter de olika typfallens art lägger vikt än vid den positiva, än vid den negativa sidan. Antag,

[1] Jfr Kallenberg II s. 704: »Frånvaron af (rättsupphäfvande fakta) är detsamma som förhandenvaron af fakta, som utgöra deras motsats.»

att omständigheten reklamation av fel i gods är av omedelbar betydelse för målets utgång, och att det gäller att fastställa, vilkendera parten som härvidlag har åberopsbördan. Den av parterna, som är köpare, kan åläggas att åberopa reklamation. Men om man finner, att köparen ej bör stå risken för att omständigheten reklamation saknas i processmaterialet, utan att denna risk i stället bör drabba säljaren, då blir det den negativa sidan, icke-reklamation, som åberopsbördan hänför sig till.

Nu kan det emellertid hända, att en part bemöter motpartens åberopande av en omständighet med att i sin tur uttryckligen åberopa, att omständigheten icke existerar. Borgenären har t. ex. åberopat, att han vid ett visst tillfälle försträckt gäldenären det yrkade beloppet (rättsfaktum *A*). Gäldenären säger sig nu åberopa, att *den av borgenären påstådda försträckningen* icke ägt rum *(icke-A)*.[2] Vi behandla först fall av denna typ, där ett åberopande av rättsfaktums existens möts med ett påstående om att samma faktum icke existerat. Käranden har t. ex. åberopsbördan för *A* och åberopar detta, varemot svaranden påstår *icke-A*. Det senare kallar jag ett *kontradiktoriskt åberopande*.

Här kan man med fog hålla före, att ett kontradiktoriskt åberopande av denna typ icke faller in under RB 17: 3 p. 2, och att detsamma sålunda ej är föremål för någon åberopsbörda. Förutsättningen är dock, att det icke framställes av den part, som enligt huvudregeln har åberopsbördan för omständigheten ifråga. Antag emellertid, att svaranden har åberopsbördan för *icke-A*. Käranden kommer först till tals och åberopar *A*. I detta fall är svarandens kontradiktoriska åberopande av *icke-A* relevant enligt RB 17: 3 p. 2.[3]

Här inskränka vi oss dock till de fall, där åberopsbördan ej åvilar den part, som framställt det kontradiktoriska åberopandet av rättsfaktums icke-existens. I dessa fall kan jag ej finna, att det kontradiktoriska åberopandet är en nödvändig förutsättning för den i RB 17: 3 p. 2 avsedda rättsföljden.[4] Att svaranden åberopar *icke-A* är med andra ord ingen förutsättning för att domstolen skall få grunda domen därpå. Denna möjlighet för domstolen fö-

[2] Gäldenären kan också tänkas påstå, att han överhuvudtaget aldrig lånat några pengar av borgenären, varken vid det ifrågavarande tillfället eller eljest. I den mån gäldenärens åberopande avser andra tänkbara försträckningstillfällen är detsamma dock irrelevant i målet, för så vitt åberopsbördan beträffande försträckning, som naturligt är, åvilar borgenären. *Detta gäller dock ej generellt*, se nedan s. 87 f.

[3] Däremot är det måhända ej tillräckligt för att svaranden skall anses ha fullgjort sin åberopsbörda för *icke-A*. Antag nämligen, att kärandens åberopande av *A* lyder sålunda: Jag reklamerade den 27 augusti 1961. Den kontradiktoriska motsatsen härav är att käranden icke reklamerat *nämnda dag*. Men det räcker inte för svaranden att påstå detta. Han måste åberopa, att käranden *överhuvudtaget icke* reklamerat i tid. Se härom vidare nedan s. 83 ff.

[4] Se även SvJT 1960 s. 390 f.

religger nämligen redan i och med att käranden åberopat *A*. RB 17: 3 p. 2 innebär alltså, att det är likgiltigt för processmaterialets omfång, huruvida något kontradiktoriskt åberopande i de nu avsedda fallen framställes eller ej. Domstolen får varken mer eller mindre att döma över, vare sig ett kontradiktoriskt åberopande av en omständighets negativa sida framställes eller underlåtes. Motiveringen härför är följande.

Ett kontradiktoriskt åberopande av ifrågavarande slag kan ju karakteriseras som ett *förnekande* i annan form. Förnekandet är detsamma som ett påstående om att det icke förhåller sig så som motparten gjort gällande. Att ett åberopande av rättsfaktum *A* förnekas är alltså att likställa med det kontradiktoriska åberopandet av *icke-A*.[5] Emellertid torde man kunna skilja ut även förnekandena[6] från de åberopanden, som ha relevans enligt RB 17: 3 p. 2. En nödvändig förutsättning för domstolens prövning av huruvida det förhåller sig så, som en part har påstått, synes nämligen icke vara, att motparten förnekat påståendet ifråga,[7] såvida det ej är den senare som har åberopsbördan därvidlag.[8] Uteblivet förnekande utesluter eljest icke sådan prövning. Om t. ex. käromålet befinnes vara uppenbart ogrundat, skall det ju ogillas, även om svaranden uteblivit och käranden yrkat tredskodom.[9] Och om en part har åberopat rättsfaktum *A*, för vilket han har åberopsbördan, och motparten varken förnekar *A* eller åberopar *icke-A* utan endast förklarar, att han ej kan uttala sig ifråga om *A:s* existens,[10] så är domstolen oförhindrad att pröva, om *A* skall läggas till grund för domen eller ej. Endast erkännandet utesluter nämligen sådan prövning.[11] Under förutsättning att omständigheten ej erkänts, kan domstolen konstatera t. ex. att *A* ej är styrkt eller att *icke-A* är styrkt. I det senare fallet kan domen direkt grundas på *icke-A*, trots att motparten varken åberopat detta eller förnekat *A*. Antag exempelvis, att käranden till grund för sitt yrkande åberopat ett vanligt konsensualavtal mellan parterna. Svaranden lyckas emellertid till full evidens klarlägga, att han aldrig accepterat kärandens anbud. Domstolen behöver då ej inskränka sig till att i domsgrunden konstatera, att avtalet ej är styrkt, utan kan grunda domen på att avtalet icke kommit till stånd.

[5] Jfr Ekelöf: Grundbegrepp s. 60 och Civilprocessen I s. 242 samt Korsch s. 52 not 83.
[6] Om förnekande av omständighets negativa sida se nedan s. 82 ff.
[7] Överensstämmande Ekelöf: Rättegång II s. 315.
[8] För den situationen, att part försummat sin åberopsbörda för *icke-A*, medan motparten åberopat *A*, för vilket han ej har åberopsbördan, se nedan s. 82 ff.
[9] RB 44: 8 st. 2 p. 2 in fine. Ett käromål kan visserligen sägas vara uppenbart ogrundat i olika hänseenden. Men stadgandet täcker otvivelaktigt det för resonemanget väsentliga fallet, att vad käranden åberopat till grund för sitt yrkande — eller någon del därav — uppenbart icke har någon motsvarighet i verkligheten. Jfr även nedan s. 132 ff.
[10] Att part kan intaga denna position framgår av en jämförelse mellan å ena sidan RB 42: 7 st. 1 mom. 3 och 42: 8 och å andra sidan RB 42: 7 st. 1 mom. 2. Annorlunda ZPO § 138 st. 3.
[11] RB 35: 3.

Den processuella situationen vid förnekande är sålunda densamma som vid vägrat erkännande. Däremot har ett förnekande icke samma rättsliga betydelse som ett åberopande, för så vitt icke förnekandet kommer från den part, som egentligen har åberopsbördan därvidlag. Endast då så är fallet, är ett förnekande likvärdigt med ett åberopande i rättsföljdshänseende. I övrigt kan en domstol grunda sin dom på att åberopade omständigheter icke föreligga, utan att dessa vare sig förnekats eller gjorts till föremål för kontradiktoriska åberopanden. Dessa processhandlingar tillhöra då ej de enligt RB 17: 3 p. 2 relevanta åberopandena.

Om en part, som har åberopsbördan för rättsfaktum *A*, också åberopar detta, blir sålunda både *A* och *icke-A* underkastade domstolens prövning. Åberopar borgenären försträckning, blir även icke-försträckning[12] aktuell i målet, såvida ej gäldenären erkänner försträckning. Erkänner han ej, får bevisningen ge utslaget.[13] Denna omfattar såväl den positiva som negativa sidan. Om försträckning styrkes, är samtidigt bevisat, att icke-försträckning ej föreligger, och vice versa. Förutsättningen för att en bevisbörderegel slutligen skall bli avgörande är ej blott, att försträckning icke styrkts, utan även att så ej är fallet med dess kontradiktoriska motsats, icke-försträckning.[14]

Det är sålunda oriktigt att anse ena parten ha åberopsbördan för rättsfaktum *A* och motparten därefter för *icke-A*. För att fylla sin funktion behöver åberopsbördan i detta fall ej omfatta mera än den ena delen av motsatsförhållandet. Att gå utöver vad som motiveras av ändamålet innebär blott onödig formalism. Det framgår också av RB, att ett uttryckligt påstående beträffande en viss omständighet icke kräves från mer än ena parten, den part som har åberopsbördan för omständigheten ifråga.[15] Av motparten fordras icke ett bestämt erkännande eller kontradiktoriskt åberopande (förnekande); om motparten kommer tillstädes, räcker det med att han yttrar sig över vad som åberopats.[16] Härvid kan denne inskränka sig till en förklaring, att han icke kan taga ställning till omständigheten.[17]

Låt oss emellertid antaga, att åberopsbördan faktiskt vore så konstruerad, att ena parten, t. ex. käranden, hade att åberopa *A* och motparten *icke-A*. Hur skulle man då förfara, om ingendera parten åberopat något härvidlag? Båda kunna ju icke bära olägenheten av att något åberopande angående *A*

[12] Det erinras om att uttrycket »icke-försträckning» här användes i den betydelsen, att just den av borgenären åberopade försträckningen ej existerar. Se ovan s. 79 med not 2.
[13] I erkännande innefattas här även sådan overksamhet från parts sida, som kan anses liktydig med erkännande. Se Gärde s. 479.
[14] Jfr Ekelöf i SvJT 1952 s. 219. — Bevisbördepunkten förutsättes ligga vid »styrkt».
[15] RB 42: 2 st. 1 mom. 1 och 42: 7 st. 1 mom. 3 in fine. Vi ha här bortsett från problemet, huruvida brister i parts åberopanden kunna avhjälpas genom åberopanden av motparten. Se härom nedan s. 102 ff. *Stundom* kräves dock av motparten ett påstående om frånvaron ej av det åberopade *A* utan av varje tänkbart *A*, se s. 87 f.
[16] RB 42: 7 st. 1 mom. 3 jämfört med mom. 2 samt 42: 8. Annorlunda ZPO § 138 st. 3.
[17] Jfr Gärde s. 479.

ej kommit till stånd, eftersom käromålet antingen måste bifallas eller ogillas. En sådan regel om åberopsbördan kunde läggas till grund för domen endast om den kompletterades med en »turordning» för åberopandena, så att t. ex. svarandens åberopsbörda icke aktualiserades förrän efter det käranden fullgjort sin. En sådan ordning synes emellertid alltför komplicerad för att kunna anbefallas utan starka ändamålsskäl. Några sådana synas icke kunna uppletas. Det kontradiktoriska åberopandet av *icke-A* erfordras icke för att motparten skall kunna planera sitt bemötande. Ej heller motiveras det av några andra ändamålsskäl.

Emellertid kunde det tänkas, att skäl för dubbla åberopanden stå att finna, om man vänder på situationen i det hittills använda exemplet. Tidigare har ju blott behandlats det fallet, att ett åberopande av rättsfaktum *A* (omständighetens positiva sida) från den part, som därvidlag har åberopsbördan, mötes med ett åberopande av *icke-A* från motparten. Antag emellertid, att åberopsbördan är annorlunda fördelad och åvilar käranden beträffande *icke-A*. Käranden åberopar nu detta, varefter svaranden åberopar *A*. Så kunde det förhålla sig vid åberopande av t. ex. reklamation. Köparen har bemött säljarens begäran om utfående av köpeskillingen för sålt gods med att åberopa fel i godset och på grund därav yrka avdrag på köpeskillingen. Säljaren åberopar i sin tur, att köparen ej reklamerat i tid. Vi antaga, att säljaren har åberopsbördan härvidlag.[18]

Detta fall visar sig icke vara analogt med de tidigare behandlade, där det kontradiktoriska åberopandet avsåg omständighetens negativa sida. Där var nämligen *icke-A* liktydigt med icke-existensen av ett visst, till tid och rum bestämt rättsfaktum *A*. Men i reklamationsexemplet kan man ej så beskriva *icke-A*. När säljaren åberopar icke-reklamation, måste meningen därav vara, att köparen överhuvudtaget icke reklamerat vid något tillfälle inom reklamationsfristen. Ett kontradiktoriskt åberopande gentemot detta kan strängt taget icke ha annan lydelse, än att köparen påstår sig ha reklamerat inom samma tid. Därmed blir det ovisst, hur och när reklamationen skett inom nämnda tidsrymd. På samma sätt förhåller det sig, om köparen förnekat, att han ej reklamerat. Räcker detta för att domstolen skall kunna grunda domen på att reklamation skett? Eller måste köparen särskilt åberopa de omständigheter, som utgöra reklamationen?[19]

Man frågar sig här, om vad som tidigare framhållits äger tillämpning även i fall av detta slag. Om säljaren åberopat icke-reklamation och köparen ej erkänt detta, skulle det i så fall stå i överensstämmelse med RB:s regler, att domstolen grundade sin dom på att reklamation bevisligen skett. Så länge

[18] Om åberopsbördan för reklamation se vidare nedan s. 256 f.

[19] Jfr Stjernquist s. 135, som synes antaga, att borgenären först har att påstå icke-betalning, gäldenären därefter betalning.

det vore tvistigt, om köparen reklamerat eller ej, skulle domstolen alltså ha full frihet att besvara frågan med ja eller nej alltefter resultatet av den förebragta bevisningen.

Antag t. ex., att målet ligger till på följande sätt: Både för parterna och för domstolen står det klart, att den egentliga tvistefrågan rör fel i godset. Såväl bevisningen som parternas argumentering avse nästan uteslutande godsets beskaffenhet. Vid huvudförhandlingen åberopar säljaren visserligen i förbigående, att köparen icke reklamerat i tid. Men den senare glömmer att bemöta säljarens påstående i sin omfattande sakframställning, som ägnas den egentliga tvistefrågan. Icke heller rättens ordförande kommer att tänka på att köparen underlåtit att uttala sig i reklamationsfrågan. Denna har ordföranden nämligen betraktat som klar, eftersom det i den åberopade skriftliga bevisningen finnes kopior av en brevväxling mellan parterna, varav måste anses framgå, att köparen reklamerat i tid. Så avslutas huvudförhandlingen och målet sättes på dom. Vid överläggningen till dom upptäcker en ledamot av rätten, att köparen ej uttalat sig om den reklamation, som likväl är bevisad i målet.

Naturligtvis kunna i viss mån liknande fall förekomma även i andra mål, där RB 17: 3 p. 2 äger tillämpning. Glömska eller misstag kunna även där leda till att ett rättsfaktum ej åberopas. Då får rätten icke beakta rättsfaktum ifråga. I vårt exempel ligger det dock annorlunda till. Domstolen kan icke helt förbigå reklamationsfrågan. På grund av säljarens åberopande har ju domstolen att taga ställning därtill. Frågan är tvistig. Domstolen borde då vara oförhindrad att låta resultatet av bevisningen bli avgörande. I annat fall synes konsekvensen bli, att man fordrade ett bestämt ställningstagande av part till motpartens åberopande, vilket skulle gå utöver RB:s krav i detta hänseende.[20]

Denna slutsats torde dock ej vara hållbar. Antag, att köparen förnekat säljarens påstående om icke-reklamation eller framställt det kontradiktoriska åberopandet, att reklamation ägt rum. Däremot har köparen ej åberopat något *visst* reklamationstillfälle. Skulle domstolen då kunna grunda domen på en viss reklamationshandling, som hämtats ur bevismaterialet? Nej, detta skulle stå i strid mot RB 17: 3 p. 2. Varje särskild reklamationshandling är nämligen ett *rättsfaktum,* vilket icke får beaktas utan åberopande. Visserligen föreligger här ett allmänt åberopande av att reklamation ägt rum. Men detta är tvistigt. Det kan därför icke räcka med det generella påståendet. De speciella momenten i rättsfaktum måste särskilt åberopas, såsom vi tidigare funnit.[21] Skillnaden mot de då behandlade fallen är emellertid den, att det

[20] RB 35: 3 e contrario, RB 42: 7 st. 1 mom. 3 samt RB 42: 8.
[21] Se ovan s. 69 ff.

icke är den som primärt har åberopsbördan,[22] vilken har att komma med det specificerade åberopandet. Detta tillkommer i stället motparten.[23] De speciella momenten få därmed karaktären av *motfakta*. Lika litet som i de tidigare behandlade fallen kräves här något kontradiktoriskt åberopande eller förnekande. Dessa processhandlingar medföra sålunda ej heller här någon särskild rättsföljd. Däremot föreligger här den säregna situationen, att rättsfaktum *icke-A* lägges till grund för domen i alla andra fall än då motfaktum ($A^1vA^2vA^3$ etc) åberopas, således ej blott då *icke-A* erkännes.

För den som ställer sig undrande inför detta vill jag demonstrera, hur det skulle vara, om den särskilda reklamationshandlingen ej behövde åberopas. Antag, att köparen inskränkt sig till att förneka säljarens påstående om icke-reklamation, eller att den förre helt allmänt påstår sig ha reklamerat i tid utan att närmare angiva, hur detta skulle ha gått till. Reklamationsfrågan är tvistig, och det gäller för parterna att planera sin bevisföring på denna punkt. Visserligen torde köparen ha bevisbördan härvidlag, men detta utesluter ej, att även säljaren kan önska förebringa bevisning och argumentera i frågan. Detta ställer sig svårt, eftersom säljaren icke vet, vid vilket tillfälle och på vilket sätt reklamationen enligt köparens mening ägt rum.

En annan och vida allvarligare konsekvens är emellertid, att domstolen hade att beakta varje reklamationshandling, som framginge av processmaterialet. Detta inverkar menligt på säljarens möjligheter att på denna punkt bemöta köparen. Antag, att i målet finnes ingiven en vidlyftig skriftväxling mellan parterna, vilken åberopats som bevis, samt att köparen därjämte i sin sakframställning givit en fyllig redogörelse för vad som avhandlats mellan parterna, något som han även bekräftar under sanningsförsäkran. Under detta förhör berättar köparen bland annat, att han reklamerat genom brev till säljaren en viss dag. Säljaren kan ej inskränka sitt bemötande till detta, även om han skulle lyckas övertyga domstolen om att brevet ej kunde anses utgöra en reklamation. Domstolen kunde nämligen ta fasta på ett annat yttrande, som köparen uppgivit sig ha fällt vid ett telefonsamtal med säljaren, eller på ett uttryck i något av de ingivna breven och finna, att något av dessa yttranden innefattade en reklamation, samt att det vore styrkt. Därefter kunde domen grundas på att reklamation förekommit. För att säljaren skall kunna gardera sig häremot, måste han se till att bemöta varje omständighet i processmaterialet, som kan tänkas utgöra en reklamationshandling, och som kan förväntas få stöd av åtminstone någon bevisning. Olämpligheten med en sådan ordning har tidigare påvisats.[24]

För att domstolen skall få grunda domen på viss reklamationshandling är

[22] I vårt exempel således åberopsbördan för icke-reklamation.
[23] I vårt exempel köparen.
[24] Se ovan s. 23 f.

det sålunda icke tillräckligt, att säljaren åberopat icke-reklamation. Ej heller bör det räcka med ett förnekande därav eller ett allmänt åberopande från köparens sida av att reklamation skett. Själva reklamationshandlingen måste alltid åberopas.

I det nu berörda fallet är det visserligen fråga om åberopanden, vilka ställas mot varandra inom ramen för ett och samma rättsfaktum. Men kontradiktoriska åberopanden i egentlig mening kunna ändock ej sägas föreligga. I exemplet försträckning : icke-försträckning förhöll det sig så, att ettdera åberopandet måste vara sant. Båda kunde ej vara sanna och ej heller båda falska. Antingen hade den av borgenären påstådda försträckningen ägt rum eller också icke. Men i reklamationsexemplet ligger det annorlunda till. Så länge köparen inskränker sig till att åberopa blotta motsatsen till icke-reklamation, d. v. s. reklamation i allmänhet, äro förhållandena analoga och ett kontradiktoriskt åberopande föreligger. Men antag, att köparen går längre och åberopar reklamation i brev en viss dag. *Då kunna både säljare och köpare ha fel.* Bådaderas påståenden kunna vara falska, ty det är ju möjligt, att köparen reklamerat vid något annat tillfälle än han påstått. Däremot kunna ej båda åberopandena vara sanna. Med ett uttryckssätt hämtat från logiken kunde köparens åberopande betecknas som *konträrt* i förhållande till säljarens.[25]

Orsaken till att ett konträrt åberopande faller in under RB 17: 3 p. 2 och omfattas av åberopsbörda synes nu vara den, att det utsäger mera än det blotta motsatsförhållandet *A : icke-A*. Det konträra åberopandet innehåller därutöver detaljer av rättsfaktumskaraktär; det utsäger ej blott *A* utan $A^1vA^2vA^3$ o. s. v., där koefficienterna motsvara de speciella detaljerna. Var och en av dessa måste särskilt åberopas.

Vidare kan ett konträrt åberopande ibland vara erforderligt, även om det föregående åberopandet ej innehåller ett *icke-A*. Antag, att något är ekvivalent därmed. I skadeståndsmål är det t. ex. ett moment i rättsfaktum, att det föreligger ett orsakssammanhang mellan skadan och den skadegörande handlingen, exempelvis en misshandel. Vi göra nu för resonemangets skull det antagandet, att skadegöraren har åberopsbördan för orsakssammanhanget, medan bevisbördan därvidlag åvilar den skadelidande. Den senare skulle då i sin stämningsansökan ha att åberopa själva misshandeln jämte skadan, varemot skadegöraren som motfaktum kunde påstå, att skadan icke uppkommit vid misshandeln.[26]

Antag nu, att svaranden icke formulerat sitt åberopande på nyssnämnda

[25] Jfr Marc-Wogau s. 111.

[26] Resonemanget gäller alltså endast det direkta, omedelbara orsakssammanhanget mellan handling och effekt. Komplikationer i orsakssammanhanget, t. ex. av betydelse för adekvansen, kunde härvidlag tänkas ha karaktären av replikfakta.

generella sätt, utan att han i stället påstått, att skadan uppkommit, när käranden tidigare på dagen fallit utför en trappa. Ett sådant åberopande synes böra godtagas som ekvivalent med att skadan ej uppkommit genom misshandeln. Om det förhåller sig så, som svaranden hävdar, äro ju alla andra tänkbara orsakssammanhang uteslutna,[27] däribland att skadan orsakats av misshandeln. Det synes väl formalistiskt att alltid kräva ett uttryckligt åberopande av bristande kausalitet överhuvudtaget. Det framställda åberopandet bör därför under de angivna förutsättningarna[28] vara tillfyllest. Men i detta fall räcker det icke för käranden att förneka vad svaranden påstått. Detta skulle ju blott innebära, att skadan enligt hans mening icke varit en följd av fallet i trappan. Vad käranden skall styrka är någonting annat, nämligen att skadan orsakats av misshandeln. Detta måste även åberopas. Det är därför erforderligt, att käranden framställer ett konträrt åberopande därom.

Situationen kan beskrivas sålunda: Omständigheten *B* utesluter varje tänkbart *A*. *B* är därför likvärdigt med *icke-A*. Därav följer ej, att *icke-B* är likvärdigt med *A*.[29]

Härtill kommer, att det är förhastat att antaga, att konträra åberopanden alltid äro erforderliga i samtliga fall, då åberopsbördan placerats på den part, som har att åberopa en omständighets icke-existens. Förutsättningen för ett konträrt åberopande är nämligen, att *icke-A*, först åberopat, utgör motsatsen till ett flertal tänkbara fakta, vilka var för sig utgöra ett *A*, och om vilka det gäller, att åberopandet av en sådan omständighet innebär något mera än enbart negerandet av *icke-A*. Mot åberopandet, att köparen icke reklamerat i tid, stå ju en hel rad av tänkbara reklamationstillfällen som motsatser. Teoretiskt sett kan köparen ha reklamerat på tisdagen vid ett telefonsamtal eller på onsdagen genom brev o. s. v. I så fall är det nödvändigt, att någon av dessa möjligheter utpekas genom ett konträrt åberopande. Men är det möjligt, att ett sådant i somliga andra fall kan undvaras? Ja, det kan tänkas.

För att belysa det sagda anknyta vi till det nyssnämnda misshandelsexemplet och förutsätta nu, att svaranden denna gång avgivit ett generellt åberopande av att skadan icke uppkommit genom misshandeln.[30] Detta påstå-

[27] Jfr nedan s. 224 f.

[28] Om skadegöraren har jämväl bevisbördan, blir situationen en annan. Då synes det icke böra räcka med ett generellt åberopande av att misshandeln ej förorsakat skadan. För att den skadelidande skall kunna förbereda sin talan, torde det böra erfordras, att skadegöraren alltid åberopar, huru skadan enligt hans mening uppkommit. I detta fall behöver den skadelidande icke åberopa något. Jfr nedan s. 88 f.

[29] Exempel: Med *A* betecknas Hemska och Fientliga Djur. Därav finnas olika sorter, såsom en tessla ($A^1$), en tessla till ($A^2$), en tassla ($A^3$), en heffaklump ($A^4$) o. s. v. Att något är Nasse (= *B*) utesluter, att detta är någon tänkbar form av hemska och fientliga djur. Att vara Nasse är därför likvärdigt med att icke vara ett hemskt och fientligt djur. Om något däremot icke är Nasse, behöver detta ej nödvändigtvis vara ett hemskt och fientligt djur. Det kan ju t. ex. vara Nalle Puh.

[30] Det förutsättes alltjämt, att den skadelidande har bevisbördan för orsakssammanhanget.

endes motsats är att skadan har uppkommit på nämnda sätt. Denna motsats behöver ofta ej ytterligare specificeras till skillnad från ett påstående om att reklamation skett. Preciseringen av åberopandena tillhör nämligen de andra momenten i rättsfaktum: den skadegörande handlingen och skadan, framför allt det förra. Om dessa moment tillräckligt preciserats, behövs i enkla fall intet annat än att knyta ihop dem genom påståendet, att det ena var en följd av det andra. Om den skadade påstått, att motparten givit honom ett hårt knytnävsslag mot munnen, och att en förut frisk och fast rotad tand fallit ut omedelbart efteråt, kan det ej rimligen krävas ett mera specificerat åberopande i orsaksfrågan än att slaget förorsakat att tanden lossnat. Men i så fall borde det ej vara nödvändigt att kräva något åberopande alls till bemötande av vad skadegöraren påstått.

I de enkla fall, där endast ett *A* finnes som motsats till *icke-A*, och där således alternativa *A* äro uteslutna, är ett konträrt åberopande obehövligt. Ej heller är det erforderligt att kräva ett kontradiktoriskt åberopande av det allmänna *A*.[31]

Det skulle föra för långt att här granska ett antal praktiska motsatsförhållanden för att fastställa deras karaktär av kontradiktoriska eller konträra. Den hypotesen synes dock kunna vidhållas, att ett åberopande från motpartens sida kräves blott i konträra motsatsfall. Endast ett ytterligare exempel, hämtat från Olivecrona, skall här anföras.[32] Antag, att säljaren yrkar köpeskillingens utfående av köparen. Såsom Olivecrona framhåller, är det på grund av 5 § köplagen ej nödvändigt, att säljaren åberopar, att parterna avtalat den yrkade köpeskillingen. Därmed blir det ett svarsfaktum, att överenskommelse träffats om ett pris, som är lägre än det yrkade. Olivecrona hävdar vidare, att, om svaranden åberopar detta, det därefter ankommer på käranden att uttryckligen påstå, att ingen överenskommelse om visst pris ingåtts.

Olivecronas åsikt synes stå i överensstämmelse med den här hävdade uppfattningen. Antag nämligen, att säljaren yrkat t. ex. 750 kronor. Köparen invänder häremot, att parterna överenskommit om en köpeskilling å 625 kronor, varför han bestrider att utgiva högre belopp. Den kontradiktoriska motsatsen till köparens påstående är, att en köpeskilling å 625 kronor icke avtalats. Men därmed är icke sagt, att ingen överenskommelse alls träffats om priset. Det är detta förhållande, som säljaren har att bevisa, och då måste han också åberopa detsamma.[33] Ett sådant åberopande går utöver den kon-

[31] De ovan s. 79 ff. anförda motiveringarna gälla mutatis mutandis även här.

[32] Se Olivecrona: Rätt och dom s. 207 f.

[33] Olivecrona betecknar detta åberopande som ett utvidgande av grundrekvisitet (a. a. s. 207). Köparens påstående om visst pris förefaller ej heller att enligt Olivecronas terminologi utgöra ett åberopande av motfaktum (se s. 217). Detta är ganska förklarligt. Om Olivecrona betecknade innehållet i båda dessa åberopanden som motfakta, skulle han behöva göra undantag från en väsentlig tes. Differentieringen i grundrekvisit och

tradiktoriska motsatsen till vad köparen påstått. Alltså föreligger här ett konträrt åberopande och därmed också åberopsbörda för säljaren.

Fallet visar, att ett konträrt åberopande kan erfordras även gentemot ett åberopande av ett positivt rättsfaktum $A^1$, därest flera alternativa $A$ äro tänkbara. Orsaken är, att motparten måste åberopa mera än vad som skulle utsägas genom förnekandet av $A^1$ eller åberopandet av *icke-*$A^1$, nämligen det generella *icke-A*.

I sådana fall, då konträra åberopanden erfordras, säger jag den part ha *primär åberopsbörda,* vilken blir lidande på att det överhuvudtaget icke åberopas något beträffande omständigheten ifråga. I det nyssnämnda exemplet har sålunda köparen primär åberopsbörda i frågan om visst pris avtalats. Den part, som har att framställa det konträra åberopandet, säger jag ha en *sekundär åberopsbörda.* Denna blir aldrig aktuell i ett mål med mindre motparten först fullgjort sin primära åberopsbörda. Vid diskussionen av frågor om hur åberopsbördan bör vara placerad avses alltid den primära åberopsbördan, även om man naturligtvis inte får glömma bort, att en sekundär åberopsbörda kan bli följden av att den primära åberopsbördan placeras på visst sätt.

Slutligen skola vi på nytt anknyta till reklamationsexemplet och det förhållandet, att, även om köparen förnekat säljarens åberopande av icke-reklamation, detta åberopande kunde läggas till grund för domen, om ej köparen därtill som motfaktum åberopat någon särskild reklamationshandling. I detta sammanhang vill jag anknyta till min uppsats *Åberopsbördan i bilmål.*[34] Där hävdades att, om bilisten hade åberopsbördan i vållandefrågan, denne skulle vara tvingad att åberopa, att han icke i något tänkbart avseende varit vållande till skadan. Bilisten skulle för att kunna vinna målet behöva åberopa en lång rad icke-vållandefakta, såsom att han icke kört för fort, icke varit ouppmärksam o. s. v.[35] Vi förutsätta, att åberopsbördan vore så placerad.

motfakta säges visserligen böra ske med hänsyn till vad som kräves för att syftet med rättsreglerna skall förverkligas (a. a. s. 214). Därom är intet att säga. Men enligt Olivecrona skulle inga särskilda bevisbörderegler behövas (a. a. s. 204 f.). Olivecronas mening är tydligen, att bevisbördefrågan är avgjord redan i och med den nämnda differentieringen. Denna skulle nämligen i varje särskilt fall motiveras just av hänsyn till hur *bevisbördan* borde fördelas (se Bevisskyldigheten s. 159 ff.) Åberopsbördans och bevisbördans fördelning skulle följaktligen alltid överensstämma. Ett motfaktum av första graden (se härom Rätt och dom s. 205) skulle alltid omfattas av svarandens bevisbörda. Men i så fall kan svarandens påstående om visst pris icke vara motfaktum, eftersom denne ej har bevisbördan därvidlag. (Jfr Ekelöf i SvJT 1961 s. 362 f. samt nedan s. 192.)

Det kommer i denna avhandling att hävdas, att åberopsbördans och bevisbördans fördelning ej alltid sammanfaller. Terminologiska undantag i ifrågavarande avseende äro därför ej erforderliga. Här kallas innehållet i köparens åberopande av visst pris för svarsfaktum och säljarens påstående om att intet pris avtalats säges innefatta ett replikfaktum.

[34] I SvJT 1960 s. 387 ff.

[35] Se a. a. s. 401 f.

Mellan dessa två fall skulle det alltså föreligga en väsentlig skillnad. Säljaren kan nöja sig med att åberopa icke-reklamation och ha framgång därmed, så länge ej köparen åberopat någon reklamationshandling. Bilisten kunde däremot ej komma med ett allmänt åberopande av icke-vållande och räkna med att det därefter ankomme på den skadelidande att påstå något visst vållandefaktum. Säljaren behöver icke på motsvarande sätt som bilisten påstå, att köparen ej reklamerat på måndagen, ej heller på tisdagen, ej genom brev, ej heller vid telefonsamtal o. s. v. Och skulle köparen ha åberopat en reklamationshandling, som förblivit obestyrkt, vinner säljaren, medan bilisten skulle förlora, om något av de relevanta vållandefakta ej kunnat styrkas. Vad är motiveringen till denna skillnad?

Skillnaden beror på bevisbördans fördelning. I reklamationsfallet åvilar denna icke den part, som primärt har åberopsbördan. Det är köparen, som har bevisbördan för reklamation. En motsatt ordning skulle motverka syftet med reklamationsregeln. Säljaren skulle ju ha stora svårigheter att styrka, att reklamation ej skett. Antag nu, att säljaren åberopar icke-reklamation, samt att ingen som helst bevisning förebringas i frågan, som emellertid är tvistig på grund av att erkännande ej föreligger. Det är då ovisst, om reklamation skett eller ej. På grund av bevisbördans fördelning skall ovissheten drabba köparen. Detta är orsaken till att säljarens blotta påstående om icke-reklamation kan läggas till grund för domen. Antag i stället, att en icke åberopad reklamationshandling är styrkt genom bevisningen i målet. Detta är emellertid oväsentligt, så länge köparen icke åberopat reklamationshandlingen. Som rättsfaktum får ju denna, även om den bevisats i målet, icke beaktas av domstolen utan särskilt åberopande. Likadant är förhållandet med varje annan tänkbar reklamationshandling.[36]

Däremot skulle i bilmålen, enligt vad som resonemangsvis förutsattes, åberopsbörda och bevisbörda ligga på samma part. Den skadelidande kunde då förhålla sig passiv och ändå vinna målet, såvida han blott underläte att erkänna icke-vållande. Så länge som vållandefrågan vore tvistig, skulle i varje läge bilisten förlora, om han icke exculperade sig med avseende på alla tänkbara vållandefakta. Ovissheten om förekomsten av sådana skulle ju drabba honom.

I reklamationsfallet nödvändiggör bevisbördans fördelning ett konträrt åberopande av en reklamationshandling, ty köparen kan ju ej styrka reklamation utan att samtidigt bevisa en särskild reklamationshandling, vilken emellertid icke får beaktas utan åberopande. I bilmålen skulle däremot bevisbördans fördelning medföra, att bilisten tvingades uppdela sitt åberopande av *icke-A* i *icke-A*$^1$, *icke-A*$^2$, *icke-A*$^3$ o. s. v.

[36] Konsekvensen blir, att rätten enligt RB 35: 7 skall avvisa varje bevisning i reklamationsfrågan, så länge ej köparen åberopat en reklamationshandling.

# Kap. 5.
# Vem kan åberopa?

Åberopandets subjekt angives i RB 17: 3 p. 2 vara *part*. Om t. ex. vittne eller sakkunnig säger sig åberopa något, faller detta alltså icke in under stadgandet. Men med part avses uppenbarligen icke blott parten själv. För en part, som saknar processhabilitet, ombesörjas givetvis åberopandena liksom processföringen i övrigt av partens *ställföreträdare*. Om en parts talan föres genom *ombud,* har ombudet samma behörighet att åberopa som parten själv eller dennes ställföreträdare.[1] Denna ombudets behörighet är dock ej exklusiv; oaktat rättegångsfullmakt utfärdats, äro partens egna åberopanden fullt giltiga.[2] Om ombudet i partens närvaro skulle i strid mot dennes vilja förklara sig åberopa eller icke åberopa något, kan parten göra detta overksamt genom att genast protestera.[3] Skulle parten försumma detta eller vara frånvarande, blir åberopandet eller avståendet därifrån visserligen giltigt. Partens möjligheter att driva sin vilja igenom behöva dock ej vara avskurna för den skull. Ett åberopande är nämligen *återkalleligt*.[4] Fram till dess huvudförhandlingen avslutats kan parten själv återkalla ombudets åberopande och därigenom få dess verkan upphävd.[5] På samma sätt ligger det till, om ombudet förklarat sig icke vilja åberopa viss omständighet eller återkallat ett tidigare åberopande. Skulle parten vara av annan mening, står det honom fritt att sedermera framställa åberopandet, för så vitt icke RB 43: 10, 50: 25 st. 3 eller 55: 13 lägga hinder i vägen eller det nya åberopandet innebär ändring av talan. I det senare fallet torde man nämligen få likställa ett förnyat framställande av ett förut återtaget åberopande med ett helt nytt sådant.[6] I båda fallen bli ju konsekvenserna för motpartens processföring ungefär desamma.[7]

Även *rättegångsbiträde* kan på partens vägnar framställa åberopanden.[8] Parten har samma möjlighet att korrigera ett biträdes påståenden som ett

[1] RB 12: 14 och 15.
[2] Se Gärde s. 124 och Ekelöf: Rättegång II s. 280.
[3] RB 12: 17.
[4] Se Ekelöf a. a. s. 323. Jfr Kallenberg I s. 1219 samt nedan s. 105 not 57.
[5] Jfr Gärde s. 125.
[6] Antag t. ex., att som alternativa grunder för en vindikationstalan åberopats dels testamente, dels köp. Kärandens ombud avstår därefter från den ena grunden. Om man tillämpar Olivecronas teori om ändring av talan, skulle käranden tydligen ej kunna på nytt åberopa den återtagna grunden i målet, såvida något sådant likställdes med ett helt nytt åberopande. Jfr Olivecrona: Grunden s. 21 f.
[7] Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 332.
[8] RB 12: 22.

ombuds, men här behöver man inte räkna med vad biträdet företagit i partens frånvaro. Sådant blir ju ej giltigt.

Gemensamt för ställföreträdares, ombuds och biträdes åberopanden är naturligtvis att de göras för partens räkning. Det är parten som har fördelen av att ett åberopande framställes och nackdelen av att det underlåtes.[9] Trots att åberopandena icke behöva göras av parten personligen, är det dock denne som har åberopsbördan.

*Åberopanden av medpart*

Hittills ha vi utgått från att endast en part uppträtt på vardera sidan i målet. Hur förhåller det sig emellertid med *medparters* åberopanden? Gäller åberopandet endast till förmån för den part, som framställt det, eller också till förmån för hans medparter? Och hur går det, om en medpart åberopar något, som en annan förklarar sig icke vilja göra gällande? Man får här skilja mellan olika fall.

Föreligger *ordinär processgemenskap* gäller stadgandet i RB 14: 8 st. 1, att varje medpart är »i förhållande till motparten att anse som självständig part». Vad beträffar åberopanden, innebär stadgandet i princip, att varje medpart har att framställa de påståenden, som han finner erforderliga för att hans talan skall kunna bifallas,[10] samt att åberopandena endast gälla till förmån för den part, som framställt dem.[11] I princip skulle alltså varje medpart ha att fullgöra sin egen åberopsbörda. Detta stämmer också väl överens med ordalydelsen av RB 17: 3 p. 2. Däri stadgas ju, att domstolen ej får grunda domen »å omständighet, som icke av part åberopats till grund för *hans* talan».

Emellertid kan det ifrågasättas, om denna regel gäller utan undantag. I tysk doktrin har den åsikten framförts, att beträffande sådana rättsfakta, som ha relevans för flera medparters talan, det skulle räcka med ett åberopande från allenast en av dessa. Dennes påstående skulle alltså gälla till förmån även för de övriga, för så vitt icke dessa uttryckligen intoge en annan ståndpunkt. Åsikten anses motiverad av den gemensamma handläggningen.[12] Motiveringen utföres icke närmare.

Antag t. ex., att en borgenär instämmer såväl gäldenären som en borgensman med yrkande om betalning för en fordran. Endast gäldenären invänder, att skulden är betald, medan borgensmannen tiger på denna punkt. I en sådan situation bör naturligtvis rättens ordförande använda sin materiella processledning och söka få fram en bestämd förklaring av borgensmannen,

[9] Jfr Kallenberg I s. 626.
[10] Jfr Gärde s. 148.
[11] Jfr PLB. s. 196, Ekelöf a. a. s. 375 f. samt Kallenberg I s. 1017 f.
[12] Se Hellwig: Lehrbuch III: 1 s. 148 f., Rosenberg: Lehrbuch § 94 III 2 a samt Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 61 II 2.

huruvida även denne åberopar betalning eller ej. Sker detta, är ovissheten ur världen. Vid prövningen av borgensmannens talan tages därefter hänsyn endast till dennes egna åberopanden, antingen de överensstämma med gäldenärens eller ej. Men antag, att rättens ordförande försummat att fråga borgensmannen om hans inställning. Huvudförhandlingen avslutas, målet sättes på dom och parterna avlägsna sig. Vid överläggningen finner domstolen, att gäldenären måste anses ha styrkt betalning. Plötsligt kommer någon av rättens ledamöter att tänka på att borgensmannen ej åberopat betalning. Då uppstår frågan, huruvida denna omständighet skall kunna beaktas också i målet mot borgensmannen. Visserligen kan domstolen kringgå svårigheten genom att på nytt kalla in parterna.[13] Men frågan bör ju kunna besvaras rent principiellt.

Antag nu, att domstolen ej skulle beakta betalningsinvändningen i målet mot borgensmannen. Då skulle käromålet mot gäldenären ogillas, medan yrkandet mot borgensmannen bifölles. Resultatet därav skulle väl bli endast ett: att borgensmannen genast vädjade till hovrätten för att där kunna göra betalningsinvändningen gällande.

Emellertid finnas fall, där det ej kan synas lika självklart, att bristen i medpartens åberopanden beror på ett förbiseende. Antag t. ex., att en person, som påkörts av en bil, yrkar skadestånd både av bilägaren och dennes försäkringsbolag. Båda svarandena förneka, att bilföraren vållat skadan. För den händelse att föraren ändock ej skulle anses exculperad, gör bolagets ombud i andra hand gällande, att käranden varit medvållande genom ouppmärksamhet. Däremot yttrar sig inte bilägaren i denna fråga. Liksom betalning i det förra exemplet är medvållandet här relevant för båda svarandenas talan.[14] Om nu rättens ordförande underlåtit att begära klart besked av bilägaren i medvållandefrågan, skall den senare då ändå få tillgodoräkna sig bolagets åberopande?

I detta fall kan bilägarens tystnad ha berott på att han faktiskt ej velat göra medvållande gällande gentemot den skadade, som han kanske tycker synd om eller inte vill stöta sig med. Eftersom man icke kan veta, om bilägarens tystnad varit ett uttryck för ett medvetet avstående från att åberopa eller ej, kan detta synas motivera, att bolagets åberopande ej bör gälla till förmån även för bilägaren. I motsatt fall kunde han ju komma att försättas i ett bättre läge än han själv avsett. Detta skulle strida mot dispositionsprincipen.

Såväl ordalydelsen av RB 14: 8 st. 1 och 17: 3 p. 2 som uttalanden i motiven[15] giva närmast det intrycket, att åberopandena alltid skulle gälla till för-

[13] Ett betydligt smidigare tillvägagångssätt är att, såsom Ekelöf för ett liknande fall föreslagit, efterhöra parternas inställning vid telefonsamtal (se Civilprocessen II s. 198 f.).
[14] Motsatsen är ibland fallet vid t. ex. fordringspreskription, eftersom fordringen kan vara preskriberad gentemot blott den ene av två gäldenärer.
[15] Motiven s. 177.

mån för blott den part, som framställt dem. Å andra sidan kan man här icke stödja sig på den av Ekelöf framförda ändamålssynpunkten, att »parts möjlighet att fritt gestalta sin talan inte får inskränkas genom kumulationen».[16] Denna möjlighet har nämligen ej varit parten betagen.

Hur förhåller det sig då med hänsynen till motparten, i våra exempel käranden? Ja, i bilskadefallet har väl denne i regel icke genom den tigande medpartens overksamhet kunnat föranledas till att inskränka eller ändra sin processföring. Enbart bolagets åberopande av medvållande medför ju vanligen, att käranden måste processa i full utsträckning i denna fråga. Men alltid kan detta ej förutsättas vara fallet. Försåvitt bilisten är solvent, *kan* den skadelidande finna det vara av mindre vikt att försvara sig i medvållandefrågan. Oavsett hur det går med yrkandet mot försäkringsbolaget, kan den skadelidande nämligen anse sig ha möjlighet att utfå fullt skadestånd av bilisten. Men i så fall måste den förre kunna lita på att, om bilisten ej åberopat medvållande, domstolen ej heller beaktar något sådant i målet mot denne.

På liknande sätt kan det förhålla sig i borgensexemplet. Båda svarandena hade där bestritt kärandens talan, gäldenären på grund av betalning. Borgensmannen kan däremot ha framställt någon annan invändning, t. ex. att borgensförbindelsen är ogiltig. Antag, att detta påstått, samt att gäldenären är insolvent. Borgenären kan då tycka, att det ej är mödan lönt att lägga ned så mycket arbete på att bemöta dennes invändning, särskilt som bevisbördan därvidlag åvilar gäldenären. Det för käranden väsentliga målet kan vara det mot borgensmannen. Där kunde det ligga nära till hands för käranden att tro, att, då den förre ej åberopat betalning, han ej heller behövde bemötas på denna punkt.

Det lämpligaste synes därför vara att alltid kräva fullständiga åberopanden av alla medparter, något som ju också väl överensstämmer med lagens ordalydelse. Om det upprätthålls ett krav på fullständiga, separata åberopanden, ha parterna att rätta sig efter detta. Ställd inför risken att domstolen tolkar hans tystnad som ett möjligt avstående från att åberopa, kommer varje medpart att se sig nödsakad framställa fullständiga åberopanden. Att så sker är bara bra i tydlighetens intresse.

Vid *speciell processgemenskap* gäller däremot en medparts åberopande till förmån även för övriga medparter.[17] Och skulle en medpart åberopa en omständighet men en annan förklara sig avstå därifrån, torde domstolen böra fästa avseende endast vid åberopandet.[18]

[16] Se Ekelöf: Rättegång II s. 376.
[17] RB 14: 8 st. 2.
[18] Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 376 f.

*Åberopanden av intervenient*

I korthet skola här även åberopanden av intervenient beröras. Gälla sådana till förmån för interventen?

Vad först angår *ordinär intervention,* får denna inte »medföra några inskränkningar i interventens rätt att genom dispositioner eller passivitet omedelbart påverka processens utgång».[19] Detta innebär, att interventen måste kunna vägra att grunda sin talan på sådana rättsfakta, som intervenienten åberopat, liksom interventen givetvis är oförhindrad att själv åberopa dem. Men antag, att interventen icke yttrar sig över intervenientens påståenden. Visserligen kan väl den förres passivitet ibland tolkas som ett avstående från att åberopa.[20] Men så torde det icke alltid kunna förhålla sig. Vad skall då gälla?

Den ordinära interventionens funktion är, såsom Ekelöf framhållit,[21] att giva intervenienten en möjlighet att förebygga den för honom ofördelaktiga bevisverkan, som domen i målet kan komma att erhålla. I ett senare mål mellan interventens motpart och intervenienten kan det nämligen på goda grunder antagas, att domstolen skulle hysa en viss obenägenhet för att bedöma bevisningen annorlunda än i det första målet, särskilt som mycken bevisning med tiden blir allt mindre tillförlitlig. Intervenienten bör därför ha möjlighet att påverka bevisbedömningen i det första målet. Däremot är i ett mål mot intervenienten bevisvärdet av interventens medgivanden och erkännanden obetydligt.[22] Ej heller torde intervenienten ha något nämnvärt men av att interventen underlåtit att åberopa ett rättsfaktum. Domarna i det senare målet måste nämligen säga sig, att det ingalunda är säkert, att utgången nu skall bli densamma som tidigare, därest nya rättsfakta, som icke blivit bedömda i det tidigare målet, åberopas och fastställas i det senare. De ändamål, som uppbära den ordinära interventionen, motivera sålunda ej, att intervenienten äger att framställa några åberopanden för interventens räkning. Att så ej kan ske, är också för ett visst fall — men också bara därför — direkt utsagt i RB 14: 11 st. 1, nämligen om åberopandet skulle innebära ändring av interventens talan.

För övrigt kunna här, mutatis mutandis, samma resonemang föras, vilka vid ordinär processgemenskap motivera, att en medparts åberopanden icke böra gälla till förmån för annan medpart.[23] Väl kan motparten icke räkna med att intervenienten åberopar något rättsfaktum för egen räkning. Men det kan ligga nära till hands att tro, att då interventen ej instämt i intervenientens

[19] Ekelöf a. a. s. 383.
[20] Se ovan s. 43 och 92.
[21] Se senast a. a. s. 384 f.
[22] A. a. s. 385.
[23] Se ovan s. 91 ff.

åberopande, den förre avstått från att åberopa rättsfaktum, varför något försvar däremot ej skulle vara erforderligt.

Det förefaller vidare föga rimligt, att en ordinär intervenient i något avseende skulle ha större befogenhet än en medpart. Kan den senare icke åberopa till förmån för annan, bör ej heller den förre kunna göra det. Övervägande skäl tala alltså för att icke tillerkänna intervenients åberopanden av rättsfakta någon betydelse.[24] Måhända kan detta också sägas framgå av RB 14: 11 st. 1. Om intervenienten framställer ett påstående, medan interventen underlåter att åberopa, kan man i en viss mening säga, att deras processhandlingar strida mot varandra.

Vad härefter angår *självständig intervention* kan det ifrågasättas, om icke intervenientens åberopanden alltid böra gälla till förmån för interventen. Om speciell processgemenskap skulle ha rått dem emellan, därest de varit medparter, hade ju, såsom vi funnit,[25] åberopandena haft liknande verkan. Och då domen har rättskraftsverkan mot intervenienten,[26] borde denne rimligen tillerkännas förmåga att påverka åberopandena i målet.

*Åberopanden av motparten*

Härefter komma vi till det intrikata problemet, huruvida brister i en parts åberopanden kunna avhjälpas genom åberopande av *motparten*. Åtskilliga tyska författare ha gjort gällande, att det i regel saknade betydelse, vilkendera parten som faktiskt åberopat en omständighet. Det väsentliga för domstolens prövningsrätt vore blott, att omständigheten åberopats av någondera parten, likgiltigt vilken.[27] Det skulle med andra ord icke finnas någon »subjektiv» åberopsbörda, blott en »objektiv» sådan, om man gjorde undantag för vissa speciella situationer, t. ex. vid parts utevaro.[28] En liknande mening har för svensk rätts vidkommande hävdats av Trygger[29] och Kallenberg.[30] Problemet har uppmärksammats även av Ekelöf, som dock ej uttalat sig för någon bestämd lösning.[31]

I den äldre litteraturen har man huvudsakligen intresserat sig för hur det bör förhålla sig, om part åberopar något till sin *nackdel*. Antag t. ex., att käranden i ett skadeståndsmål åberopar sådana omständigheter i händelseförloppet vid skadetillfället, som giva vid handen, att den skadelidande käran-

[24] Jfr Ekelöf a. a. s. 385.
[25] Ovan s. 93.
[26] Självständig intervenient drabbas av rättskraften. Detta betyder dock ej, att varje tredje man, som drabbas av rättskraften, får som intervenient självständig ställning. Se Ekelöf senast i Rättegång III s. 119.
[27] Se t. ex. Rosenberg: Lehrbuch § 103 III och § 114 II 2, Rich. Schmidt, s. 423, Schönke s. 205 och Hellwig: System I s. 467.
[28] Se Rosenberg: Beweislast s. 48 f.
[29] Se Trygger: Bevisskyldigheten s. 327 och 335.
[30] Se Kallenberg II s. 68 f.
[31] Se Ekelöf: Rättegång II s. 316 f.

den själv måste ha varit medvållande till skadan.[32] Emellertid bör det observeras, att problemet icke kan inskränkas till dylika situationer. Det kan även ha aktualitet vid åberopanden, som otvetydigt äro till den åberopandes *fördel*. Antag, att käranden i skadeståndsmålet åberopat ett visst beteende av svaranden samt en skada. Käranden påstår t. ex., att svaranden misshandlat honom på visst sätt, och att käranden någon tid därefter uppsökt en läkare, som konstaterat en viss skada. Däremot glömmer käranden att åberopa, att skadan uppkommit genom misshandeln. Att så *icke* varit fallet åberopas däremot uttryckligen av svaranden. Antag nu, att käranden har åberopsbördan för orsakssammanhanget. Kan domstolen, trots att denne ej framställt något åberopande, likväl taga hänsyn till sammanhanget på grund av svarandens åberopande och bifalla käromålet, om bevisningen giver vid handen, att så bör ske? Vi behandla detta senare fall först.

*1. Åberopandet är till fördel för den åberopande (anteciperat förnekande)*

Detta fall har föga uppmärksammats i doktrinen,[33] måhända beroende därpå, att man ej alltid tänkt på alternativförhållandet vid åberopandena: att det antingen är *A*, som skall åberopas, eller också dess motsats, *icke-A*. I de rätt kortfattade anmärkningar, som ägnats åberopsbördan, har man i regel utgått från det enkla fallet, att det är omständighetens positiva sida, *A*, som skall åberopas. Möjligen kan detta också ha ett visst samband med åberopsbördans sammankoppling med bevisbördan,[34] eftersom man i stort sett varit restriktiv med att ålägga någon bevisbördan för negativa omständigheter.

Nu är det tydligt, att just i sådana situationer, där en part brustit i sin åberopsbörda men ett åberopande i stället kommer från motparten, domaren bör ingripa med sin materiella processledning för att reda upp saken.[35] Därigenom undviker domstolen den svårbedömbara frågan i vilken mån omständigheten får beaktas. Då ett rättsfaktum redan är åberopat, tillkommer det ju domaren att efterhöra motpartens inställning till detsamma. Till någon nackdel för parterna kan detta ej vara. Den åberopande parten har ju demonstrerat sin villighet att upptaga just denna omständighet till diskussion, varför han icke gärna kan ha anledning att begära uppskov för att överväga sitt försvar. Tvärtom är det till fördel för båda parterna, att deras ståndpunkter klarläggas. Den försumliga parten får ju dessutom en påminnelse om bristen, något som knappast kan irritera den åberopande parten, eftersom det är denne som tagit initiativet därtill. Domaren bör alltså ingripa, över-

[32] Härom se Ekelöf a. a. 316.
[33] Se dock Ekelöf a. a. s. 315 samt Rosenberg a. a. s. 268.
[34] Se nedan s. 139 ff.
[35] Jfr Kallenberg och Ekelöf a. st. samt Ekelöf: Grundbegrepp s. 63 not 20 b.

lämna till den försumlige parten att ta ställning till påståendet, och om det åberopade förnekas, direkt fråga om motsatsen göres gällande.

Emellertid kan det säkerligen inträffa, att domaren ej fäster sig vid åberopandet under huvudförhandlingen eller av andra skäl icke tänker på att utöva sin frågerätt. Först vid överläggningen till dom uppmärksammas påståendet. Då måste man ju veta, i vilken utsträckning det får beaktas. Vidare kan det hända, att den försumlige parten förklarar sig icke kunna uttala sig om vad som åberopats eller rent av erkänner detta. Får domstolen likväl beakta omständigheten till hans fördel?

Vi utgå först från den situationen, att käranden har åberopsbördan beträffande *A* men har försummat att åberopa något härvidlag. Däremot har svaranden åberopat *icke-A*. Käranden åberopar ej heller därefter *A*.[36] Till att börja med synes domstolen böra tillåtas att upptaga *icke-A* som element i domsgrunden. Omständigheten är ju åberopad av svaranden till grund för hans talan. *Icke-A* kommer då att motivera en ogillande dom. Visserligen kan detta sägas innebära att i någon mån gå händelserna i förväg. Enligt »den successiva relevansens princip» borde man ju utgå från grunden och se, om denna är hållbar, innan man befattar sig med svarandens åberopanden.[37] Den mest korrekta domsgrunden vore därför att säga, att eftersom *A* icke ens åberopats, käromålet måste ogillas. Men därmed har domstolen tagit ställning till rättsföljden hos åberopandet av *icke-A*. Att domstolen undviker detta och går på den bekvämare linjen att konstatera *icke-A* kan man väl ha en viss förståelse för, åtminstone om det är fråga om en underrätt. Resultatet blir ju detsamma, oberoende av vilken av de subtila nyanserna som man använder i domsgrunden. Men det rätta är att hänvisa till åberopsbördan.

Vidare synes det fallet, att käranden *erkänner icke-A,* ej heller utgöra något problem. Då är *icke-A* såväl åberopat som ostridigt och kan på samma sätt som nyss läggas till grund för domen. Väl kan man här säga, att den mest korrekta domsmotiveringen bestode i uttalandet, att käranden icke ens åberopat *A* utan tvärtom erkänt *icke-A*. Men vid själva formuleringen bör man icke fästa så stor vikt.

Antag däremot, att käranden förnekar *icke-A*. Såsom förut nämnts, kan förnekandet sägas utgöra en sorts åberopande, ehuru åberopandets och förnekandets rättsföljder i regel icke sammanfalla.[38] Här synes emellertid ett undantagsfall föreligga, då förnekandet bör likställas med ett åberopande. Antag nämligen, att käranden säger: 1) Jag förnekar, att skadan inte uppkom vid misshandeln; 2) Det förhåller sig inte alls så, som svaranden påstår, att

[36] Vi bortse från den situationen, att *A* utgör ett moment, som är erforderligt för att individualisera grunden. I så fall skall ju kärandens talan avvisas.
[37] Se Olivecrona: Rätt och dom s. 208 f. Jfr Friedenthal s. 29.
[38] Se ovan s. 80 ff.

skadan inte uppkom vid misshandeln; 3) Svaranden har fel. Jag vet, hur det förhöll sig, och jag påstår, att skadan uppkom vid misshandeln.

Variationerna 1) och 2) måste likställas som förnekanden. Klassificeringen kan ju icke ankomma på huruvida ordet »förneka» använts eller ej. Variation 3) innehåller ett tydligt åberopande. Det kan bero på en ren tillfällighet, vilket av dessa uttryckssätt som käranden faktiskt begagnar. Det vore då irrationellt att fästa så stor vikt vid formuleringen, att rättsföljderna av uttalandena 1) och 2) kunde tänkas vara annorlunda än vid uttalande 3). Förnekandet bör alltså här anses utgöra ett åberopande. Att detta skulle medföra någon väsentlig olägenhet för motparten kan ej antagas.

Därmed kan emellertid detta fall ej helt avföras från diskussionen. Antag nämligen, att käranden yrkar ersättning jämlikt 49 § 2 st. lagen om ägofred för arbete och utlägg, som han haft på grund av att svaranden underlåtit att vidmakthålla ett erforderligt stängsel. Käranden torde här ha åberopsbördan för att han anmodat svaranden att avhjälpa bristen, innan han själv företagit reparationen.[39] Käranden försummar att åberopa tillsägelsen. I stället åberopar svaranden, att han aldrig fått någon sådan. Antag vidare, att käranden förnekar detta.

Förnekandet måste även här likställas med ett åberopande av den kontradiktoriska motsatsen till det som svaranden påstått. Käranden får därför anses ha åberopat, att tillsägelse skett. Men detta är icke tillräckligt. Tillsägelsen är ett tvistigt rättsfaktum, och åberopandet måste därför närmare specificeras genom att (den ungefärliga) tiden och sättet för tillsägelsen särskilt åberopas.[40] Eljest få dessa icke beaktas av domstolen i egenskap av rättsfakta. I sådana fall, där förnekandet är liktydigt med ett mera allmänt åberopande, som skulle omfatta ett flertal tänkbara handlingar, räcker det alltså lika litet med förnekandet som det skulle ha gjort med ett motsvarande åberopande, vilket vore lika allmänt hållet.

Vi kunna här ånyo anknyta till den tidigare berörda distinktionen mellan kontradiktoriska och konträra åberopanden och erinra om att två konträrt motsatta åberopanden båda kunde vara falska men ej båda sanna, medan två kontradiktoriskt motsatta åberopanden icke kunde vara båda falska och ej heller båda sanna.[41] För att kunna bedöma, vilken sorts motsatsförhållande som föreligger, måste man utgå från det åberopande, som framställts, vare sig detta göres av den part åberopsbördan åvilar eller ej, alltså i vårt exempel åberopandet av *icke-A*. Om hur något annat påstående skulle ha sett ut kan man ju ej med bestämdhet uttala sig. Vi finna då, att förnekandena i

[39] Se härom närmare s. 127.
[40] Jfr ovan s. 82 ff.
[41] Se ovan s. 85.

båda de förut angivna situationerna äro att likställa med kontradiktoriska åberopanden.

Låt oss nu i stället antaga, att åberopsbördan i själva verket åvilat den som faktiskt åberopade *icke-A*, d. v. s. svaranden. I misshandelsfallet hade då intet ytterligare behövt åberopas av motparten, försåvitt icke orsakssammanhanget varit komplicerat.[42] I ägofredsexemplet skulle det emellertid ha ankommit på käranden att framställa ett konträrt åberopande av de närmare omständigheterna kring tillsägelsen, eftersom denne har bevisbördan därvidlag.[43] Men om käranden behövt framställa ett sådant åberopande, trots att han haft endast en sekundär åberopsbörda, kan det så mycket mindre komma ifråga att befria honom därifrån, när det är han själv, som primärt har åberopsbördan. Och om åberopsbördan — såsom i exemplet förutsattes — åvilar käranden och det varit denne som först åberopat något ifråga om tillsägelsen, hade han ej kunnat nöja sig med att påstå blott att tillsägelse skett, därest detta sedermera visat sig vara tvistigt.

Även om förnekandet kan sägas vara ett åberopande, är detta sålunda i regel ej nog. Även ett sådant åberopande måste specificeras, försåvitt den förnekande behöver utsäga något mer än blotta negerandet av motpartens påstående. Detta är nödvändigt i ägofredsfallet men ej i misshandelsmålet, försåvitt icke käranden vill åberopa en mera komplicerad kausalitet.

Vi övergå därefter till det fallet, att käranden, som har åberopsbördan för *A*, säger sig icke kunna taga ställning till det av svaranden åberopade *icke-A*. Han vill varken erkänna eller förneka eller kanske ej alls uttala sig därom. Frågan är då tvistig, och kärandens utsaga kan självfallet icke anses utgöra ett åberopande av *A*. Kan då domstolen likväl grunda domen på *A*?

Man kan väl icke säga, att detta skulle vara att överrumpla svaranden, eftersom denne ej hade anledning att vidare försvara sig mot *A*, då käranden icke velat göra *A* gällande. Detta resonemang förutsätter nämligen, att *A* blott får beaktas på åberopande från käranden.[44] Men om domstolen finge använda svarandens åberopande av *icke-A* till att grunda domen på *A*, kunde denne försättas i en föga avundsvärd situation, när han skulle förbereda sitt försvar. Åberopsbördans fördelning är något som är föga känt även för jurister med lång erfarenhet. Svarandens advokat kan mycket väl vara osäker på vilkendera parten som har åberopsbördan. Han kan felaktigt hålla före, att denna troligtvis åvilar hans huvudman. Advokaten har då att välja mellan att låta bli att åberopa, varigenom han kan förlora målet, om det visar sig, att svaranden har åberopsbördan. Eller också kan han föredraga att åberopa, varvid hans påstående kan bli till nytta även för käranden och hjäl-

[42] Jfr ovan s. 86 f.
[43] Jfr ovan s. 88 f.
[44] Om den ordningen gällde, att *A* kunde beaktas oberoende av om käranden framställt något påstående därom, finge ju svaranden räkna med denna möjlighet.

pa denne att vinna, genom att domstolen då utan vidare åberopande kunde grunda domen på *A*.

Antag vidare, att svarandens åberopande av *icke-A* (t. ex. i ägofredsfallet icke-tillsägelse) gåve domstolen rätt att grunda domen på *A*. Då kan man fråga sig, vad *A* innebär. Här kan man tänka sig två möjligheter. Den första vore, att domstolen finge grunda domen på varje omständighet, som kunde ha karaktären av *A* (tillsägelse), således både på $A^1$ (tillsägelse den 1/1), $A^2$ (dito den 2/1) o. s. v. Men detta skulle strida mot RB 17: 3 p. 2, eftersom de särskilda momenten av *A* äro rättsfakta och måste särskilt åberopas. Och om de finge beaktas utan åberopande, skulle svarandens processföring försvåras. Denne skulle då behöva detaljgranska varje del av processmaterialet för att se efter, om där funnes något faktum, som kunde betraktas som *A*. En sådan lösning är lika litet lämplig som att domstolen eljest finge beakta rättsfakta ex officio. Den andra möjligheten är, att de speciella momenten, varav ett *A* bestode, icke finge upptagas som element i domsgrunden utan särskilt åberopande. Det enda, som finge beaktas, vore då det allmänna, generella *A*. Men att beakta detta skulle i regel ej tjäna mycket till, eftersom det vore alltför allmänt för att kunna tjäna som domsgrund, när frågan vore tvistig. I undantagsfall vore visserligen endast ett *A* tänkbart (t. ex. i skadeståndsexemplet med den enkla kausaliteten). Men i flertalet fall skulle domstolens beaktande av *A* endast innebära en onödig komplikation, som icke gåve något praktiskt resultat. Slutsatsen synes alltså bliva, att den part, som har åberopsbördan, i detta fall icke bör få tillgodoräkna sig motpartens åberopande. Detta synes böra gälla generellt, oberoende av om ett beaktande i vissa, förhållandevis fåtaliga fall skulle kunna leda till ett praktiskt resultat. Det synes vara av större värde att ha en enhetlig regel. Om svaranden åberopat *icke-A*, medan käranden, som därvidlag har åberopsbördan, sagt sig varken kunna erkänna eller förneka eller eljest uttala sig om *icke-A*, så bör domstolen alltså icke få grunda domen på *A*. Är *A* en nödvändig förutsättning för bifall till käromålet, bör domstolen i stället ogilla detta med den motiveringen, att käranden ej ens åberopat något i fråga om *A*.

Resonemanget synes böra gälla även i det fallet, att käranden överhuvudtaget icke yttrat sig om svarandens åberopande. Något skäl till en avvikande lösning i denna situation torde ej finnas. Även i detta fall gäller nämligen vad som nyss sagts om nödvändigheten av att ett konträrt motsatsförhållande åberopas. Och även om så undantagsvis ej skulle vara fallet, synes det olämpligt att då anknyta en för svaranden ofördelaktig rättsföljd till en processhandling, som vanligen framstår som riskfri.

I intet av de hittills diskuterade fallen har det sålunda föreslagits, att svarandens åberopande av *icke-A* borde medföra, att domstolen finge grunda domen på *A*. Väl funno vi i ett fall, att *A* kunde upptagas i domsgrunden.

Detta var emellertid ej en följd av svarandens åberopande av *icke-A* utan av kärandens förnekande därav, vilket kunde likställas med ett åberopande av *A*.

Vi vända nu på exemplet och förutsätta, att käranden har åberopsbördan för *icke-A*, vilket ej utgör ett individualiseringsmoment i grunden. Käranden har försummat att åberopa *icke-A*. Däremot åberopar svaranden *A*. Käranden påstår ej heller därefter *icke-A*. Även i detta fall bör domstolen kunna tillåta sig att grunda domen på att *A* föreligger, därest käranden erkänt *A* eller detta eljest styrkes genom bevisningen.[45] Problemet är, huruvida domstolen får beakta *icke-A* som rättsfaktum i domsgrunden.

Antag, att käranden förnekar *A*. Förnekandet kan även här anses utgöra ett åberopande och då alltid ett kontradiktoriskt sådant. Men icke alltid har detta den erforderliga omfattningen. Ponera, att käranden skulle ha åberopsbördan för icke-reklamation men ej åberopat detta. I stället påstår svaranden, att han reklamerat den 12 augusti 1962 vid ett telefonsamtal. Käranden förnekar detta. Ett sådant förnekande har icke samma innehåll som ett åberopande av att reklamation ej ägt rum. Det senare täcker samtliga möjliga reklamationstillfällen. Kärandens förnekande kan vara riktigt och likväl kan svaranden ha reklamerat. På grund av åberopsbördans fördelning skall käranden bära nackdelen härav, så länge han icke åberopat vad på honom ankommer. Kärandens förnekande utgör således ej ett tillräckligt åberopande, och om nu målet hänger på detta, måste kärandens talan ogillas på grund av att han ej fullgjort sin åberopsbörda.

Antag däremot, att svaranden helt allmänt åberopar, att han reklamerat. Om nu käranden förnekar detta, blir innebörden därav, att svaranden enligt kärandens mening överhuvudtaget ej reklamerat. Detta är just vad käranden skall åberopa. I detta fall har förnekandet den tillräckliga omfattningen. Det bör därför också vara tillräckligt för att fullgöra kärandens åberopsbörda.

Vi förutsätta slutligen, att käranden försummat att åberopa *icke-A*, att svaranden påstått *A*, samt att käranden sagt sig varken kunna erkänna eller förneka *A*, eller att han överhuvudtaget ej yttrat sig däröver. Antag vidare, att svarandens påstående om *A* skulle ha varit ett konträrt åberopande, därest käranden före honom åberopat *icke-A*. Så är t. ex. fallet, om svaranden åberopar viss reklamationshandling. Då kan naturligtvis käranden i det här avsedda fallet ej anses ha fullgjort sin åberopsbörda. Han har ju icke ens förnekat svarandens påstående om ett speciellt *A* och så mycket mindre bemött möjligheten av varje tänkbart *A* med något åberopande. Låt oss i stället antaga, att svarandens åberopande skulle ha varit ett kontradiktoriskt sådant, därest käranden åberopat först. Så är fallet, om svaranden helt allmänt påstår, att han reklamerat. I detta fall synes böra gälla vad som tidi-

[45] Jfr ovan s. 97.

gare[46] anförts, nämligen att svaranden ej skall behöva riskera, att en vanligen harmlös och till synes förmånlig processhandling plötsligt tillmätes en för honom menlig rättsföljd. Dessutom är det i och för sig värdefullt, att regelsystemet blir enhetligt.

Vi finna således, att förhållandena i de båda huvudfallen äro analoga. Om en part har försummat sin åberopsbörda för en omständighet och motparten i stället åberopar dess *motsats,* bör detta åberopande icke medföra, att domstolen kan grunda domen på den omständighet, som ursprungligen skulle ha åberopats.[47] Detta gäller oavsett om det är en positiv eller negativ omständighet som skolat åberopas först. Om käranden underlåtit att åberopa omständigheten *A,* för vilken han har åberopsbördan, får domstolen icke grunda sin dom däråå, även om svaranden åberopar *icke-A.* Och har käranden försummat sin åberopsbörda för *icke-A,* berättigar ej svarandens påstående av *A* domstolen att grunda domen på *icke-A.* Däremot kan ibland en part, som försummat sin åberopsbörda beträffande en omständighet men *förnekat* motpartens åberopande av omständighetens motsats, få tillgodoräkna sig förnekandet som ett medel att fullgöra sin åberopsbörda. Förutsättningen är dock, att förnekandet icke har en mindre omfattning än det försummade åberopandet skulle ha haft.

### 2. *Åberopandet är till nackdel för den åberopande*

Hittills har det varit tal blott om sådana situationer, där en part, som ej haft åberopsbördan, åberopat något till sin egen fördel. Vi övergå nu till den situationen, att parten i stället åberopar något till sin *nackdel.* Käranden har t. ex. försummat att åberopa omständigheten *A,* för vilken han har åberopsbördan. I stället åberopar svaranden *A.* Medför detta senare, att domstolen får grunda sin dom på *A*?

Exempel: En hyresvärd, V, yrkar avhysning av en hyresgäst, G, och åberopar som grund för sitt yrkande: Genom hyresavtal en viss dag uthyrde V en lägenhet till G. Hyran skulle betalas förskottsvis den 1 i varje månad. G hade erlagt hyra för juli månad 1963 först den 15 samma månad. Då G dröjt med erläggandet av hyran utöver två söckendagar efter förfallodagen, vore hans hyresrätt förverkad och V berättigad att uppsäga avtalet.[48] V hade skriftligen och genom stämningsman uppsagt avtalet den 6 juli 1963. G kvarbodde alltjämt i lägenheten och vägrade att avflytta.

Jämlikt 3 kap. 34 § första stycket lagen om nyttjanderätt till fast egendom får hyresgästen i detta fall ej skiljas från lägenheten, såvida rättelse sker ge-

[46] Ovan s. 99 f.

[47] Överensstämmande Ekelöf: Rättegång II s. 315, bortsett från frågan om åberopsbördans förhållande till bevisbördan.

[48] Lagen om nyttjanderätt till fast egendom 3: 32 st. 1 mom. 1.

nom att hyran erlägges till hyresvärden senast på tolfte söckendagen från uppsägningen. I ett vanligt tvistemål torde rättelsen utgöra ett svarsfaktum, vilket ankommer på hyresgästen att åberopa. I exemplet är det emellertid hyresvärden som åberopat rättelsen i okunnighet om dess juridiska betydelse.

I diskussionen om verkan av ett åberopande till egen nackdel bör måhända inledningsvis beröras en i tysk doktrin framförd åsikt, att ett oförmånligt åberopande i själva verket icke vore något åberopande. Ett sådant skulle i stället vara att anse som ett s. k. *anteciperat erkännande*.[50] Emellertid anses ett sådant icke helt vara att likställa med vanliga erkännanden. De sistnämnda kunna enligt tysk rätt i regel ej återkallas.[51] Däremot anses ett anteciperat erkännande kunna utan vidare återtagas, intill dess motparten har framställt ett mot det anteciperade erkännandet svarande påstående.[52] Fram till denna tidpunkt skulle det förra vara att jämställa med ett åberopande, som också kan återkallas enligt tysk rätt till skillnad från erkännandena.[53] Vidare anser Bülow, att det anteciperade erkännandet, för så vitt det icke möttes med ett motsvarande påstående av motparten, skulle ha samma verkan som ett åberopande såtillvida, att innehållet i utsagan ansåges som åberopat.[54] Vi återkomma till detta.

För svensk rätts vidkommande är här att observera ordalydelsen av RB 17: 3 p. 2: Dom må »ej grundas å omständighet, som icke av part åberopats till grund för *hans* talan». Ordalydelsen måste tillmätas en viss betydelse i detta sammanhang. Sådana situationer förekomma nämligen, då det är tydligt, att en av part anförd omständighet icke åberopas till grund för partens talan. Antag exempelvis, att käranden redan i sin stämningsansökan önskar bemöta ett visst, på förhand känt svarsfaktum, som svaranden före rättegången gjort gällande, och som denne med stor sannolikhet kan antagas åberopa även i målet. Käranden vill t. ex. åberopa ett replikfaktum däremot. För att hans framställning skall bli sammanhängande, måste han då i sin sakframställning redogöra även för svarsfaktum. I sådana fall torde det i regel framgå av kärandens framställning, att denne inser, att svarsfaktum är oförmånligt för honom och egentligen omfattas av svarandens åberopsbörda. Då bör domstolen icke få upptaga svarsfaktum ifråga som element i domsgrunden utan att det särskilt åberopats av svaranden. Dels kan omständigheten nämligen ej sägas vara åberopad till grund för *kärandens* talan. Dels skulle, om åberopandet ansåges relevant enligt RB 17: 3 p. 2, följden därav bliva, att käranden i regel undveke att i förväg bemöta svarandens kända invänd-

[50] Se t. ex. Bülow s. 197 och Seydel s. 11. Jfr Kallenberg II s. 67, varifrån termen »anteciperat erkännande» hämtats.

[51] Enligt tysk rätt kan ett erkännande i princip ej återkallas. Se ZPO § 290. Annorlunda ÖZPO § 266 st. 2.

[52] Se Bülow s. 283 och Schönke s. 205.

[53] Jfr Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 288 II 1 b) samt V 4 a) vor § 128 (vid not 69).

[54] Se Bülow s. 286 ff.

ningar. Men detta vore olämpligt med hänsyn till att förberedelsen då droge ut på tiden. Käranden bör därför i sin stämningsansökan kunna hänvisa till svarandens kända invändningar utan risk för att detta användes mot honom. Likadant förhåller det sig med svarandens uppgifter i svaromålet. Att parterna föregripa varandras åberopanden befordrar snabbheten i handläggningen.[55] Denna synpunkt bör även leda till att t. ex. svarsfakta, som käranden upptagit till bemötande i sin stämningsansökan, icke få läggas till grund för en tredskodom, om svaranden utebliver från första inställelsen och sålunda ej åberopat dem. Den motsatta lösningen skulle lägga hämsko på kärandens lust att redan i stämningsansökningen presentera tvisten så fullständigt som möjligt. En redogörelse för motpartens motfakta bör därför icke anses som ett enligt RB 17: 3 p. 2 relevant åberopande.[55a]

Helt annorlunda förhåller det sig, om t. ex. käranden åberopar ett svarsfaktum i tro, att detta stöder hans talan. I detta fall kan ingen slutsats dragas ur formuleringen av RB 17: 3 p. 2. Omständigheten är ju faktiskt åberopad till grund för partens talan och i det syftet, att domstolen skall upptaga densamma i domsgrunden. Problemet kan därför icke lösas med en enkel hänvisning till RB 17: 3 p. 2 utan tarvar en grundligare undersökning.

Om part åberopat något till sin egen nackdel, bör domaren alltid söka reda upp situationen genom att göra bruk av sin materiella processledning. Motpartens inställning till rättsfaktum ifråga måste ju klarläggas. Om motparten insett den förstes misstag och säger sig icke blott erkänna rättsfaktum utan även åberopa det till grund för *sin* talan, föreligger ej längre något problem. Men antag, att motparten endast säger sig erkänna omständigheten. Då kan domaren enligt min mening direkt fråga honom, om han inte också önskar åberopa densamma. I regel torde han då följa domstolens antydan och framställa ett åberopande. Därmed undgår domstolen att taga ställning till det första åberopandets rättsföljder. Men antag, att motparten i stället för att erkänna förklarar sig icke kunna ta ställning till rättsfaktum ifråga, lämnar domarens fråga därom obesvarad eller rent av förnekar det för honom förmånliga rättsfaktum. I de båda förstnämnda fallen kan väl domaren fortfarande fråga, om omständigheten ändock åberopas. Men detta kan knappast komma ifråga, då motparten förnekat rättsfaktum. Att då åberopa detta skulle ju framstå som stridande mot den i RB 43: 6 st. 1 stadgade sanningsplikten. Även om part kan åsidosätta denna utan allvarligare konsekvenser, bör i vart fall icke domstolen förleda honom därtill. Här blir alltså problemet om det oförmånliga åberopandets rättsföljder aktuellt, liksom när domaren ej tänkt på att utöva sin materiella processledning.

[55] Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 315 not 77.
[55a] A.m. för tysk rätt Hegler s. 260.

Vi betrakta först den varianten, att part åberopat *A*, som rätteligen skulle ha gjorts gällande av motparten. Denne *erkänner* visserligen *A* men åberopar ej uttryckligen detta rättsfaktum. Får domen grundas på *A*? Detta kunde tänkas vara fallet, om motpartens erkännande kunde godtagas som ett åberopande.

Frågan om erkännandets förhållande till åberopandet är mycket diskuterad i tysk doktrin.[56] Såsom tidigare påpekats, gäller enligt tysk rätt, att ett åberopande är återkalleligt, ett erkännande däremot icke. För den svenska rättens del är förhållandet ett annat. Att erkännanden kunna återkallas framgår klart av RB 35: 3 st. 1 p. 2. Och även åberopanden äro i princip återkalleliga.[57]

Emellertid har det i tysk doktrin framhållits en annan väsentlig skillnad mellan ett åberopande och ett erkännande. Det förra gör bevisning erforderlig, det senare bevisning onödig.[58] Detta har dock ej hindrat, att man jämställt det anteciperade erkännandet med ett åberopande, så länge det ej upptagits av motparten.[59] Något liknande kunde nu tänkas vara fallet även för svensk rätts del.

Antag, att en kärande åberopar ett rättsfaktum, för vilket han har åbe-

[56] Se Bülow s. 195 ff. och Seydel s. 17 med där angiven litteratur.

[57] Se Ekelöf: Rättegång II s. 323 med i not 106 anmärkta rättsfall. — Från principen om åberopandens återkallelighet torde man dock böra göra ett undantag med hänsyn till bestämmelsen i RB 13: 5 st. 1. Antag, att käranden åberopat en grund för sitt yrkande och enbart denna. Käranden kommer under målets gång underfund med att det icke kommer att lyckas honom att styrka grunden. Han vill därför återkalla sin talan men befarar, att svaranden då skulle utnyttja sin rätt till dom och kräva ett rättskraftigt avgörande. Antag vidare, att käranden kunde först återkalla sitt åberopande av grunden utan att påstå något i dess ställe. Om käranden därefter återkallar sin talan och svaranden begär dom, finns det icke längre någon möjlighet att fastställa de objektiva gränserna för domens rättskraft. Vad domstolen skulle ha att döma över, vore ju blott ett yrkande utan grund. En sådan dom vore i regel meningslös och utan värde. Om emellertid domstolen vägrar att döma och i stället avvisar käromålet, skulle käranden effektivt undanröja svarandens rätt till dom. Avvisning skulle direkt motverka syftet med RB 13: 5 st. 1. För möjligheten av en avvisning, sedan väl stämning utfärdats synes icke heller RB giva något stöd. För att ej RB 13: 5 st. 1 skall göras betydelselöst, måste man därför förutsätta, att käranden icke kan återkalla sitt åberopande av grunden utan att i dess ställe sätta en ny grund, som icke medför ändring av talan. Likaså får käranden icke återkalla åberopandet av grunden delvis på det sättet, att individualiseringsmomenten återkallas, medan några andra smärre moment kvarstå. Då kan ju icke heller rättskraftens gränser bestämmas. Finnas alternativa grunder, torde dessa kunna helt eller delvis återkallas, så länge någon grund kvarstår som alltjämt åberopad. Detta gäller åtminstone i det fallet, att rättskraften hos en kommande dom över den kvarvarande grunden omfattar även de alternativa grunderna. Om däremot de återkallade grunderna icke drabbas av rättskraften, kunde man ifrågasätta, om icke svaranden borde ha rätt till dom även över dessa. Eljest kan ju denne besväras med en ny rättegång, där den återtagna grunden på nytt åberopas.

[58] Se Bülow s. 196.

[59] Se ovan s. 103.

ropsbördan, t. ex. att en viss väg är fem meter bred. Detta kan vara ett »miljöfaktum» i skadeståndsmål.[60] Svaranden kan besvara detta påstående på flera sätt. Han kan t. ex. säga: 1) Jag erkänner, att vägen är fem meter bred; 2) Det är riktigt, att vägen är fem meter bred; 3) Vägen är fem meter bred. Utsagan under 1) är självfallet ett erkännande. Detta måste anses gälla även utsagan under 2), som tydligen refererar till kärandens påstående.[60a] Men även den tredje varianten måste anses utgöra ett erkännande. Visserligen är denna formulerad som ett påstående. Men detta har samma innehåll som kärandens åberopande. Det vore orimligt att därefter framställa vägens bredd som tvistig och i behov av bevisning. Ett erkännande behöver således icke formuleras så, att denna dess egenskap direkt framgår av formuleringen. Även ett påstående med samma innehåll som kärandens åberopande måste godtagas som ett erkännande.

Antag emellertid, att det i stället är svaranden som åberopar vägens bredd. Käranden, som dessförinnan icke åberopat något därvidlag trots att han har åberopsbördan, får därefter ordet. Därvid kan käranden t. ex. säga: 1) Även jag åberopar, att vägen är fem meter bred; 2) Vägen är fem meter bred; 3) Det är riktigt, att vägen är fem meter bred; 4) Jag erkänner, att vägen är fem meter bred. Varianten 1) är ett tydligt åberopande. Försåvitt varianten 2) förekommit i kärandens sakframställning, innan svaranden yttrat sig därom, skulle även denna i regel kunnat godtagas som ett åberopande, trots att detta icke framgår av det begagnade uttryckssättet.[61] Så bör kunna ske även nu. Utsagorna 3) och 4) äro visserligen formulerade som erkännanden. Men det synes föga rationellt att fästa avgörande vikt vid subtila formuleringsskillnader. Om käranden menat något med sin utsaga, borde det väl åtminstone vara, att omständigheten skall göras ostridig och icke kräva bevisning. Men detta vore meningslöst, om domstolen ej finge beakta omständigheten som ett element i domsgrunden. Detta måste parten inse. Visserligen kan det väl ibland hända, att parten misstagit sig på omständighetens karaktär och trott den vara ett bevisfaktum. Men detta synes icke böra tillmätas någon betydelse vid det förhållandet, att den erkända omständigheten är till partens förmån. I regel måste parten dock antagas ha avsett, att domstolen skall få lägga den erkända omständigheten till grund för domen såsom rättsfaktum. Men detta är samma syfte, som uppbär ett åberopande. Liksom det väsentliga vid ett vanligt erkännande icke är formuleringen utan överensstämmelsen i innehåll med ett tidigare påstående, böra även här två påståenden med samma innehåll anses stå mot varandra. Att här av hänsyn till motparten frånkänna erkännandet verkan av åberopande kan icke gärna

[60] Om termen »miljöfaktum» se SvJT 1960 s. 397.

[60a] Likaså föreligger ett erkännande, om svaranden säger det åberopade sakförhållandet vara ostridigt.

[61] Se ovan s. 15.

komma ifråga, eftersom det ju är denne som först åberopat omständigheten. Och skulle man dela den i kommentaren till RB framförda uppfattningen, att ett bekräftande av en förmånlig omständighet icke utgör något erkännande,[62] kan utsagan med hänsyn till sitt syfte knappast anses som annat än ett åberopande.

Slutsatsen blir alltså följande: Om ett rättsfaktum *A* åberopas av den part, som icke har åberopsbördan därför, och motparten därefter erkänner *A*, så kan *A* upptagas som element i domsgrunden. Däremot kan domstolen ej grunda domen på *icke-A*, eftersom *A* är ostridigt. Motsvarande gäller, om det är *icke-A* som åberopats och erkänts. Då får domstolen beakta *icke-A* i domsgrunden men ej *A*. Det bör emellertid observeras, att resonemanget förutsätter, att svaranden skall kunna höras i målet. Om käranden i sin stämningsansökan åberopat en otillräckligt individualiserad grund, skall ju ansökan avvisas, om ej käranden efter föreläggande kompletterar sina åberopanden. Domstolen får således ej utfärda stämning i hopp, att de felande individualiseringsmomenten sedermera komma att åberopas av svaranden.[63] En ytterligare förutsättning torde vara, att motparten icke till erkännandet fogar ett uttryckligt avstående från åberopande. Antag, att käranden åberopar *A*, för vilken omständighet svaranden har åberopsbördan, och att den senare säger: »Det är riktigt som käranden påstår, men det vill jag inte åberopa.» Att i så fall likväl beakta omständigheten skulle strida mot dispositionsprincipen. Och vidare kan erkännandet i detta fall icke tolkas som ett åberopande.

### *B. Svaranden utebliver*

I visst samband med det nyss behandlade fallet står den situationen, att käranden i sin stämningsansökan åberopat ett svarsfaktum *A*, vilket, om det skall beaktas, kommer käromålet att framstå som ogrundat,[64] samt att svaranden utebliver och käranden yrkar tredskodom. Får domstolen lägga *A* till grund för en tredskodom?

Det brukar ju framhållas, hurusom de av käranden åberopade rättsfakta betraktas som erkända för den händelse, att svaranden utebliver och tredskodom skall givas.[65] Kunna då även för svaranden förmånliga rättsfakta anses erkända? Visserligen framhålles i kommentaren till RB, att i erkännandets natur låge, att det avsåge oförmånliga omständigheter.[66] Svaranden skulle i

[62] I erkännandets natur säges nämligen ligga, att detsamma avser en oförmånlig omständighet, se GÄRDE s. 478. Så även BÜLOW s. 194.

[63] Jfr SOBERNHEIM s. 29.

[64] Se exemplet ovan s. 102.

[65] Se t. ex. EKELÖF: Civilprocessen II s. 226 f. och OLIVECRONA: Rätt och dom s. 182.

[66] Se GÄRDE s. 478. — Detta har även sagts vara det främsta skälet till att erkännandet kunde ersätta bevisningen (så BÜLOW s. 195). Att erkännandet emellertid ej medför någon egentlig visshet medgiver BÜLOW själv (s. 224 f.). Jfr OLIVECRONA a. a. s. 182.

så fall icke kunna erkänna svarsfaktum *A*. Några ändamålsskäl, som motivera denna åsikt, har jag dock ej kunnat finna. Tvärtom synes inskränkningen till enbart ofördelaktiga rättsfakta innebära en onödig komplikation. När ett åberopande av en ofördelaktig omständighet och ett erkännande därav stode mot varandra, skulle åberopandet anses utgöra ett erkännande och erkännandet ett åberopande! Frågan har väl egentligen blott intresse för systematiken. Därmed må förhålla sig på det ena eller andra sättet; i tredskodomssituationen kan man likaväl säga, att det av käranden åberopade svarsfaktum *A* anses som erkänt, som att det skall behandlas på samma sätt som övriga erkända rättsfakta. Men problemet är just, om så bör vara fallet, eller om svarsfaktum överhuvudtaget icke får beaktas.

I tysk rätt är denna fråga mycket diskuterad och man har föreslagit olika lösningar för olika fall. Där skiljes nämligen mellan olika slag av »Einreden».[67] Sålunda anses det finnas »Einreden», med vilka en i BGB grundad »Einrederecht» göres gällande, t. ex. preskription av fordran.[68] Detta slags »Einreden» få icke av domstol beaktas, med mindre svaranden verkligen gör sin »Einrederecht» gällande.[69] Sålunda förbli de i regel obeaktade i tredskodomssituationer, även om käranden åberopat de rättsfakta, som grunda en »Einrederecht».[70] Beträffande preskription har förhållandet så uttryckts, att »die Tatsache, dass die Forderung verjährt ist, ist nach bürgerlichem Recht unerheblich, genau wie die Tatsache, dass ein Vertrag anfechtbar ist, *solange die Anfechtung nicht erfolgt*».[71] Däremot skulle domstolen få lägga »Einreden» av annan art, d. v. s. sådana som ej grundade en »Ein-

[67] En viss skillnad föreligger i tysk rätt mellan begreppen »Einwendung» och »Einrede». I vad angår åberopade rättsfakta, innefattar »Einrede» varje påstående av svarsfakta från svarandens sida. Se t. ex. Rosenberg: Lehrbuch § 103 I 1 och Planck II s. 46. Stundom kräves dock för att en »Einrede» skall föreligga, att svarsfaktum åberopats i sin helhet och ej blott enstaka moment däri. Till begreppet »Einrede» skulle nämligen höra egenskapen att kunna förtaga grundens rättsliga verkan (se Friedenthal s. 23). »Einwendung» är däremot det större begreppet, som förutom »Einreden» innefattar även svarandens förnekanden och vissa processuella invändningar (se Rosenberg a. st. samt Friedenthal s. 14 f.). Slutligen begagnas termen »Einwand» som ett annat namn på en processuell »Einrede» för att skilja denna från en civilrättslig »Einrede» enligt BGB (se Rosenberg a. a. § 103 I 2).

[68] Se närmare Friedenthal s. 34 ff.

[69] Se Seydel s. 29. — För att en tysk domstol skall kunna godkänna en »Einrederecht» erfordras, åtminstone för så vitt den ej medgivits, att de rättsfakta åberopats, vilka grunda densamma (jfr dock ovan s. 11 not 30). Men enbart detta synes ej alltid vara tillräckligt. Rätten att häva ett köp utgör sålunda en »Einrederecht» (se Rosenberg: Beweislast s. 101). I detta fall synes det vara erforderligt att åberopa både »die das Leistungsverweigerungsrecht begründenden Tatsachen *und* die Tatsache seiner Geltendmachung» (Rosenberg: Lehrbuch § 103 II 2 d) kurs. här), således både de rättsfakta, som grunda hävningsrätten, samt den omständigheten, att parten utövat densamma.

[70] Se Rosenberg a. st. Annorlunda i dansk rätt enligt Hammerich s. 188.

[71] Sobernheim s. 28, kurs. här. Liknande Sjöström s. 169 f.

rederecht», t. ex. betalning, till grund för en tredskodom, även om de åberopats blott av käranden.[72]

Varför just vissa svarsfakta skola ge upphov till en »Einrederecht» men andra icke, synes svårt att rationellt förklara.[73] Väl kan skillnaden måhända föras tillbaka på variationer i formuleringen av BGB:s stadganden. Och till nöds låter det sig väl sägas, att borgenärens rättighet upphör vid betalning, medan densamma dock kvarstår som ett rudiment vid preskription.[74] Men i en rättegång synas båda invändningarna vara åtminstone i stort sett likställda. Om varken betalning eller preskription åberopats, bifalles käromålet, oavsett om borgenärens fordran i verkligheten är betald eller preskriberad. I den avsedda tredskodomssituationen skulle dock betalning behandlas annorlunda än preskription. Så skulle även eljest vara fallet, när dessa svarsfakta åberopats blott av käranden. Men då frågar man sig, om icke just detta är den väsentliga skillnaden mellan de olika slagen av »Einreden», och om ej denna skillnad använts som en motivering för sig själv.

En annan och intressantare motivering lämnas av Sobernheim. Denna synes kunna så uttryckas, att det materiella rättsfaktum vid preskription icke blott bestode i preskriptionsfakta ensamma utan i dessa jämte svarandens åberopande därav.[75] Egentligen skulle väl då också detta åberopande i sin tur åberopas. Men det är ju möjligt, att man ansett detta onödigt, då rättsfaktum ifråga direkt iakttages av domstolen. I tysk rätt kräves ju ej heller eljest uttryckliga åberopanden, utan blotta omnämnanden av rättsfakta anses vara tillfyllest.[76] Men oavsett huru därmed förhåller sig, har Sobernheim endast beskrivit situationen. Varför det skall förhålla sig så vid preskription men ej vid betalning är fortfarande oförklarat.

Emellertid synas goda skäl kunna anföras för den meningen, att domstolen icke får grunda tredskodom på preskription med mindre preskriptionsinvändning framställts av *gäldenären*. Vad är det som denne i så fall skall åberopa? Jo, att fordringen är mer än tio år gammal.[77] Men å andra sidan måste borgenären individualisera grunden för käromålet, något som ofta måste ske genom angivandet av tiden för fordringens uppkomst jämte vissa andra omständigheter. Därav framgår i regel fordringens ålder utan vidare. Antag nu, att domstolen finge beakta preskription utan att *svaranden* gjort denna gällande. Det kan knappast antagas, att så skulle vara fallet blott när käranden uttryckligen åberopat preskription. Även eljest, när det av kärandens åbero-

[72] Se a. a. s. 15. Jfr även Sjöström s. 167.
[73] Jfr Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 104 ff.
[74] Jfr Friedenthal s. 41 f.
[75] Jfr Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 331 III 3. Beträffande ett liknande förhållande vid processhinder se Ekelöf: Rättegång II s. 199.
[76] Se ovan s. 11 not 30.
[77] Se nedan s. 208. Jfr Ekelöf: Rättegång II s. 314. — Preskriptionsavbrott utgör därefter replikfaktum.

panden framginge, att fordringen vore preskriberad, borde väl käromålet ogillas. Preskription som rättsfaktum består nu av två moment: att fordringen är äldre än tio år, och att preskriptionsavbrott ej förekommit. För det senare torde borgenären böra ha åberopsbördan,[78] varför kärandens tystnad på denna punkt går ut över honom själv. Återstår fordringens ålder, för vilken gäldenären förutsättes ha åberopsbördan. Det är nämligen på denne som det i princip bör ankomma att göra preskription till processmaterial för domen.[79] Emellertid framgår som sagt fordringens ålder även av kärandens i stämningsansökningen framställda åberopande av tiden för dess uppkomst. Om nu domstolen på grund därav och utan särskilt åberopande från svaranden kunde lägga fordringens ålder till grund för ett ogillande av käromålet på grund av preskription, så bleve preskriptionsfrågan kritisk för käranden. Denne måste då särskilt åberopa preskriptionsavbrott för att avvärja ogillande tredskodom.[80]

Visserligen innehåller påståendet, att den år 1962 omstämda fordringen uppkommit den 27 september 1943, icke detsamma som att fordringen år 1962 är över tio år gammal. Men det senare är en så enkel följd av det förra, att man kan säga, att det senare påståendet innefattas i det förra. Om preskription icke behövde särskilt åberopas av *svaranden,* låge det nära till för domstolen att skriva: »Käranden har åberopat, att fordringen uppkommit år 1943. Vid sådant förhållande är fordringen preskriberad, för så vitt icke preskriptionsavbrott förekommit. Detta har icke ens påstått. Förty ogillas käromålet.» Ett sådant domslut torde knappast vara felaktigt under den nyssnämnda förutsättningen. Domstolen synes ej ha beaktat andra än åberopade rättsfakta och tillämpat lagen på dessa.

En sådan ordning skulle innebära betydande olägenheter. Varje kärande, som önskade processa om en gammal fordran, skulle bli tvungen att i stämningsansökningen åberopa preskriptionsavbrott. Eljest kunde han ej erhålla bifallande tredskodom, om svaranden utebleve.[80] Och om käranden försummat att åberopa preskriptionsavbrott, skulle för svarande i allmänhet utevaro framstå som ett verksamt medel att förhala avgörandet, oavsett om fordringen i det enskilda fallet verkligen vore preskriberad eller ej. I så fall måste käranden åberopa preskriptionsavbrott vid första inställelsen och därmed utverka, att målet utsattes till ny förberedelse. Men detta skulle innebära tidsförlust. Och visserligen kunde man tänka sig den ordningen, att käranden blott behövde helt allmänt åberopa, att fordringen ej vore preskriberad. Endast om detta förnekades av svaranden, skulle käranden behöva specificera sitt åberopande och särskilt påstå preskriptionsavbrott. Men detta hindrar ej,

[78] Se nedan s. 214 ff.

[79] Se nedan s. 212 ff.

[80] Ej heller skulle borgenärens talan kunna bifallas i dom efter huvudförhandling, försåvitt ej gäldenären medgivit kravet.

att åberopsbördan i praktiken kommit att överflyttas på käranden, trots att så ej borde vara fallet. Det blir ju käranden som först tvingas gå in på preskriptionsfrågan med åberopanden. Detta är olämpligt av skäl, som skola utvecklas i ett senare kapitel.[81]

Antag nu, att rättens ordförande frågar käranden om hur det förhölle sig med preskriptionsfrågan, och att denne då svarar, att fordringen visserligen vore preskriberad, men att han alltjämt vidhölle sitt yrkande i saken och hemställde om tredskodom. Icke ens i detta fall menar jag domstolen böra beakta de preskriptionsgrundande omständigheterna. Särskilt med hänsyn till att preskription kan framstå som en »odiös» invändning,[82] bör avgörandet om huruvida preskription skall göras gällande eller ej alltid överlämnas åt gäldenären. Och då denne uteblivit, kan man ju ej veta, vad han härvidlag vill. Fehr anser tvärtemot, att just den omständigheten, att preskription kan uppfattas som ett ojuste försvarsmedel, motiverar dess beaktande ex officio.[83] En hederlig svarande skulle nämligen draga sig för att åberopa preskription, även om han trodde — men ej säkert visste — att han betalt, medan en mindre nogräknad gäldenär kunde framställa preskriptionsinvändning även då skulden otvivelaktigt vore ogulden. Om preskription beaktades ex officio, skulle den hederlige ej bli lidande på att han ej framställt något åberopande därvidlag. Emot Fehrs resonemang kan invändas följande: Vid bedömande av frågan, huruvida preskription bör beaktas endast efter särskild invändning eller ej, synes man näppeligen kunna finna det moraliskt tvivelaktigt att en gäldenär stöder sig på en klar och allmänt känd rättsregel för att undgå en dom till sin nackdel. Om en annan gäldenär håller sig med en strängare moraluppfattning än som föranledes av lagen, är detta visserligen förträffligt, men det utgör intet skäl för att premiera honom genom att tillerkänna honom en förmån, som det bjuder honom emot att utnyttja. Preskriptionsreglerna ha en samhällsnyttig funktion av stor betydelse, men det är icke av samhälleliga intressen påkallat, att de skola tillämpas i andra fall än då gäldenärer förklara sig vilja utnyttja den förmån, som de medföra.

Slutsatsen blir alltså den, att domstolen icke bör få beakta den av käranden åberopade tidpunkten för fordringens uppkomst som ett moment i rättsfaktum preskription utan att svaranden framställt särskild preskriptionsinvändning.[84] Detta bör gälla både när svaranden uteblivit från första inställelsen och — med desto större skäl — när utevaron inträffar på ett senare stadium i målet och svaranden tidigare inställt sig utan att framställa preskriptionsinvändning.

[81] Se nedan s. 212 f.
[82] Jfr Ekelöf: Civilprocessen II s. 228.
[83] Se Fehr s. 289.
[84] I resultatet överensstämmande Ekelöf a. st.

Åsikten, att domstolen icke får utan åberopande av svaranden grunda tredskodom på preskription, synes stå i överensstämmelse med vad som uttalats i kommentaren till RB.[85] Där framhålles nämligen, att en preskriptionsinvändning, som tidigare under målet framställts av en svarande, vilken senare uteblivit, kunde läggas till grund för tredskodom.[86] E contrario skulle därav kunna slutas, att, om preskription ej åberopats av svaranden, domstolen icke heller får fästa avseende därvid. Slutsatsen är plausibel men utesluter ej en annan tolkning. Vad kommentatorn SÖDERLUND velat framhålla kan nämligen ha varit enbart att det överhuvudtaget är möjligt att i en tredskodomssituation beakta tidigare åberopanden av svaranden. Men kommentaren uttrycker sig tydligare vid behandlingen av RB 17: 3. Av detta stadgande säges följa, »att domstolen i fråga om motpartens bestridande icke äger taga hänsyn till andra invändningar än som *denna part* framställt t. ex. om betalning eller fordringspreskription».[87] Hos PLB finnes ett motsvarande uttalande: I fråga om svarandens talan i målet äger rätten »sålunda icke att grunda domen på *någon* faktisk omständighet, som *svaranden* ej åberopat till stöd för sitt bestridande, t. ex. betalning eller fordringspreskription».[88] Det finnes visserligen intet uttalande om att detta skulle gälla även i tredskodomssituationer. Men å andra sidan har man ej heller på något ställe framhållit, att undantag från principen finge göras vid utevaro. Och då uttalandena jämföras med lagtextens förbud mot att grunda domen »å omständighet, som icke av part åberopats till grund för *hans* talan», får man onekligen ett ganska starkt stöd för att åberopanden från »fel» part icke få beaktas.

Emellertid finnas fall, där en sådan lösning kan te sig mindre tilltalande. Vi erinra om det tidigare[89] anförda exemplet med hyresvärden, som yrkade vräkning på grund av att hyran erlagts för sent, men som själv påstod, att rättelse skett inom den i lagen föreskrivna tiden. Även här kan det väl sägas, att det är ovisst, om hyresgästen vill göra rättelsen gällande. Men att han icke skulle önska detta, ter sig osannolikt mot bakgrund av hyresvärdens åberopande, att hyresgästen vägrade avflytta. I detta fall, liksom då borgenären

[85] Den äldre svenska doktrinen synes numera vara av mindre intresse. *Mot* beaktande av preskription i tredskodom utan invändning från svaranden uttala sig KALLENBERG, SJÖSTRÖM och MATZ. KALLENBERG hävdar emellertid, att en borgenär, som gör gällande en tio år gammal fordran, därmed har »påstått, att fordringen består såsom fullt lifskraftig». Detta är givetvis en fiktion. Vidare hänvisar KALLENBERG till att rättsfaktum preskription ej blott bestode av fordringens ålder. Därvid förbiser KALLENBERG emellertid, att det är borgenären som blir lidande på att intet åberopas angående preskriptionsavbrott. SJÖSTRÖM och MATZ ha bemötts redan av KALLENBERG. (Se KALLENBERG II s. 22 f. jämfört med s. 453; SJÖSTRÖM s. 169 och MATZ s. 124.) *För* beaktande av preskription FEHR s. 290 f. Så även för dansk rätts del MUNCH-PETERSEN II s. 207.

[86] Se GÄRDE s. 640.

[87] A. a. s. 180, kurs. här. Jfr även nedan s. 115.

[88] PLB. s. 214, kurs. här. Jfr även nedan s. 115.

[89] Se ovan s. 102.

åberopar, att den omstämda fordringen är betald, kan man hysa betänkligheter mot att likväl bifalla käromålet i tredskodom, åtminstone om det är från första inställelsen som gäldenären uteblivit. Om denne tidigare fört talan i målet utan att åberopa rättelse respektive betalning, kunna väl inga starkare skäl anföras för att domstolen skall få lägga dessa rättsfakta till grund för domen.

I tysk doktrin har starkt framhävts, att ett betalningsyrkande ej borde tredskovis bifallas, därest käranden själv åberopat betalning.[90] Men att så verkligen skulle hända måste vara ytterst sällsynt förekommande. Det bör observeras, att uppställandet av en distinktion mellan sådana svarsfakta, som få beaktas efter åberopande även av käranden, och sådana, som måste göras gällande av svaranden, medför en invecklad och svårbedömbar ordning, utan att distinktionen kan motiveras med några starkare ändamålsskäl. Vore det icke trots allt att föredraga att i tredskodomssituationer aldrig beakta svarsfakta, som åberopats blott av käranden? Därmed får man visserligen acceptera, att svarande i något flera fall komma att begära återvinning. Men att ha en klar och lättfattlig regel är ju av stort värde i och för sig. Och dessutom förstärker det tredskodomens verkan som sanktion mot utevaro, att svaranden alltid måste inställa sig för att få svarsfakta beaktade. Åtminstone ibland bör det förhålla sig så, att, om domstolen får lägga av käranden åberopade svarsfakta till grund för tredskodom, denne finner sig kunna åberopa replikfakta och därför begär, att målet utsättes till ny förhandling. Denna tidsutdräkt slipper man, om svaranden tvingas komma tillstädes för att få sina invändningar upptagna. Väl kan svaranden rimligen begära, att domstolen icke dömer honom ohörd, utan att grunden för kärandens yrkande är hållbar.[91] Men däremot synes det böra överlåtas till honom själv att bestämma, om och i vilken mån han skall framställa invändningar mot käromålet.[92]

Ekelöf, som uttalat sig i frågan,[93] förordar emellertid en ordning, som kommer den tyska nära. I somliga fall, t. ex. då hyresvärden yrkar utfående av hyran men själv åberopar anstånd med dess erläggande, skulle detta åberopande medföra, att käromålet framstode som uppenbart ogrundat, varför det borde ogillas i tredskodom. I andra fall, t. ex. vid hävning av köp, förutsatte en invändning härom »en civilrättslig rättshandling från svarandens sida». Även vid preskription borde det anses »utgöra ett moment i rättsfaktum» att svaranden gjorde »sitt intresse gällande».[93a] Men icke heller Ekelöf

[90] Se t. ex. Sobernheim s. 15, Weismann s. 398, Seydel s. 21 samt Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 331 III 3.

[91] Jfr nedan s. 135.

[92] Det sagda gäller icke vid lagsökning, där det ju är en processförutsättning, att den åberopade fordringshandlingen innefattar bevis om fordran.

[93] I Civilprocessen II s. 227 f.

[93a] Jfr ovan s. 109. I så fall skulle RB 17: 3 p. 2 kräva, att detta senare moment åberopades. Att hävning måste åberopas, även om den sker inför domstolen, är klart. Däremot

giver någon egentlig ledning, när det gäller att avgöra, till vilkendera av de två grupperna en viss invändning skall hänföras. »Anstånd» torde sålunda, åtminstone i vissa skuldebrevsfall, kunna tilläggas den betydelsen, att borgenären erbjuder gäldenären att i stället för på den avtalade förfallodagen betala skulden vid ett senare tillfälle. Ett sådant erbjudande bör väl kräva en civilrättslig rättshandling från gäldenärens sida, nämligen en accept, ty det är icke helt uteslutet, att gäldenären kan ha en viss olägenhet av det ändrade avtalsvillkoret, nämligen att borgenären därefter kan vägra att mottaga betalning före den senare förfallodagen.[94] Sådant anstånd borde därför ej få föranleda ogillande tredskodom med mindre gäldenären gjort invändning därom. I andra fall kan det tänkas, att anstånd med betalning icke har denna anbudskaraktär. Då skulle anståndet få beaktas på grundval av åberopande blott från borgenären. Huru varje särskilt typfall borde behandlas, bleve man med en sådan ordning tvungen att särskilt överväga, och lösningen vore säkerligen ingalunda alltid självklar.

Även Olivecrona synes ha hävdat, att av käranden åberopade svarsfakta åtminstone ibland borde läggas till grund för ogillande tredskodom mot svaranden. Vi erinra om det tidigare citerade exemplet,[95] där en säljare yrkade utfående av köpeskillingen under åberopande av ett köpekontrakt, vari köpeskillingen kvitterats såsom till fullo erlagd. Olivecronas mening tycks nu vara, att säljaren därmed har åberopat även kvittensen. Man kan visserligen fråga sig, om en säljare, som åberopar ett köpekontrakt till grund för ett yrkande om köpeskillingen, verkligen gör gällande allt vad kontraktet innehåller. Åtskilligt av detta torde nämligen ej ha någon betydelse för yrkandet. Dessutom synes den egentliga grunden, som skall åberopas till stöd för käromålet, vara *köpeavtalet,* varom kontraktet utgör ett *bevis.* Väl brukar man uttrycka sig så, att avtalet har ingåtts skriftligen. Men antag, att det föreligger en differens mellan överenskommelsen och kontraktstexten, ett skrivfel t. ex. Om detta fastställes, är det avtalet och icke kontraktshandlingen som blir normerande.[96]

Vi förutsätta emellertid för resonemangets skull, att domaren har gjort bruk av sin frågerätt för att utröna vad käranden verkligen gör gällande, samt att denne sagt sig åberopa hela handlingens innehåll, därmed även uppgiften om att svaranden betalat. Till stöd för att domstolen skulle få upptaga det sistnämnda i domsgrunden för en tredskodom har Olivecrona anfört,

synes det föga rimligt, att gäldenären skulle behöva åberopa, att han framställt preskriptionsinvändning.

[94] Skuldebrevslagen 5 § 1 st. 1 p. e contrario. — Räntesatsen kan t. ex. vara så förmånlig för borgenären, att denne vill ha fordringen utestående så länge som möjligt.

[95] Se ovan s. 63.

[96] Skrivfelet är ett motfaktum. Men om detta befunnits föreligga, skulle väl, om själva handlingen vore grund, käromålet ogillas. Då kunde man ju ej falla tillbaka på själva

att ett käromål enligt RB 44: 8 skall ogillas, om det uppenbart framgår, att det är ogrundat. Härtill skulle jag vilja replikera, att man av enbart den omständigheten, att köpeskillingen kvitterats i kontraktet, knappast kan draga den slutsatsen, att betalning *uppenbarligen* skett. Såvitt jag förstår, är det ej helt ovanligt, att köpeskillingen faktiskt kvitteras, trots att den kvarstår som ogulden. Detta synes särskilt förekomma vid fastighetsköp.[97] Någon av parterna kan ha haft särskilda skäl att önska kvittens trots bristande betalning, och borgenären kan ha litat på att gäldenären icke sedermera kommer att åberopa kvittot. I sin bedömning av om käromålet är uppenbart ogrundat, borde domstolen taga hänsyn till sådant. Och som ovan anförts, bör domstolen icke börja rannsaka i frågan, eftersom detta medför risk för att målet drager ut på tiden och processkostnaderna öka, vilket kan gå ut över svaranden.[98] Möjligheten av att käranden kräver dubbelbetalning är ju trots allt ganska osannolik, särskilt som detta är straffbart[99] och brottet svårligen kan undgå att uppdagas.

Även om sålunda en kvittens av köpeskillingen enligt min mening icke kan förutsättas innebära, att säljarens krav framstår som uppenbart ogrundat, kvarstår dock själva kärnfrågan. Om betalningen skulle vara uppenbar, skall då ogillande tredskodom givas? RB 44: 8 angiver två förutsättningar härför, vilka båda i och för sig vore tänkbara i det aktuella fallet. Den ena förutsättningen är, att kärandens framställning ej innefattar laga skäl för käromålet. PLB och kommentaren till RB giva väl närmast det intrycket, att därmed avsetts blott den situationen, att vad käranden åberopat icke vore tillräckligt för att bilda en bärkraftig grund för hans yrkande.[100] Därunder synes falla att käranden brustit i sin åberopsbörda beträffande grunden. Vidare hör hit, att vad käranden åberopat, oavsett om det är fullständigt eller ej, icke kan ha den rättsföljd han gjort gällande. Det förefaller däremot mindre troligt, att här avsetts också det fallet, att käromålet framstår som ogrundat till följd av ett av käranden åberopat svarsfaktum. Utesluten kan denna möjlighet dock ej sägas vara enbart av vad som framhållits i kommentaren till RB 44: 8.

Även den andra förutsättningen, uppenbart ogrundat käromål, kan synas passa in på vårt exempel. Kommentaren till RB behandlar endast den situationen, att svarsfakta tidigare åberopats av svaranden, vilket, som tidigare nämnts,[101] giver ett visst stöd för att endast sådana svarsfakta få beaktas.[102]

avtalet, som ej vore åberopat i målet. Om däremot avtalet är grund, kan käromålet vid beaktande av skrivfelet ändock vinna bifall till en del. Jfr Olivecrona: Rätt och dom s. 219 samt därtill Ekelöf: Rättegång IV s. 160 f. not 5.

[97] Jfr Rodhe s. 199 samt Hammerich s. 189 f.

[98] Se ovan s. 64 f.

[99] SL 22: 6 p. 2.

[100] Se PLB. s. 466 och Gärde s. 640: »befinnas omständigheterna otillräckliga». Jfr ovan sid. 63 f.

[101] Se ovan s. 64 och s. 112.

Men därefter framhåller kommentaren: »*Uppgifter,* som framkomma vid det tillfälle, då svaranden uteblivit, få läggas till *grund* för domen, såvitt de äro *till svarandens förmån.*»[103] Här kunde man ju tro det vara fråga om kärandens åberopande av svarsfakta. Men kommentarens exempel äro blott kärandens inskränkande av talan eller medgivande av svarandens kvittningsyrkande. Att även nya åberopanden från kärandens sida avsetts framstår därför som mindre sannolikt.

Det kan ifrågasättas, om icke förutsättningen »uppenbart ogrundat käromål» i själva verket blott innebär ett krav på *bevisningens styrka.*[103a] I så fall skulle stadgandet i denna del icke utsäga något om huruvida svarsfakta, som åberopats av käranden, finge läggas till grund för tredskodom.

För att så icke får ske tala RB 17: 3 p. 2 och PLB:s rätt tydliga uttalanden[104] samt det tidigare anförda ändamålsskälet, att en varierande behandling av olika grupper av svarsfakta, som åberopats av käranden, gör regelsystemet invecklat och svårgenomträngligt. Om man bestämmer sig för att beakta vissa svarsfakta, kan man nämligen ändå ej beakta alla. Som vi funnit, tala starka ändamålsskäl mot att beakta preskription oberoende av åberopande från svarandens sida. Och i detta fall kan väl ett käromål svårligen anses för uppenbart ogrundat blott av den anledningen, att det står fast, att fordringen är äldre än tio år. Problemet synes kräva en vidlyftigare utredning än som kan rymmas inom denna avhandling. Här har blott ett fåtal svarsfakta kunnat behandlas. Måhända blir bilden klarare, om också andra typer tagas med i resonemanget. Med den reservationen är jag dock mest benägen för att förorda den enklaste lösningen, nämligen att svarsfakta måste ha åberopats av *svaranden* för att få upptagas i domsgrunden i en tredskodom mot denne.

### *C. Svarsfaktum förnekas av svaranden*

Vi övergå nu till en annan variant av problemet om verkan av åberopande av »fel» part. Antag, att käranden åberopar svarsfaktum *A*, för vilket alltså svaranden har åberopsbördan. Svaranden *förnekar* emellertid *A*. Får domstolen ändock upptaga *A* som element i domsgrunden? Vi kunna tänka oss följande fall:

Käranden K yrkar betalning av svaranden S och åberopar som grund härför, att svaranden ingått enkel borgen för huvudgäldenären G:s skuld till K om 3 000 kronor. Vidare åberopar K: S vore svåger till G. Den senare bedreve en

[102] Uttalandet kan endast avse den senare förutsättningen, uppenbart ogrundat käromål, eftersom den tidigare uteslutande avser *kärandens* framställning. Åberopade svarsfakta skola dessutom vara bevisade till den grad, att de framstå som uppenbara.
[103] Gärde s. 640, kurs. här.
[103a] Jfr Gärde s. 639 f. angående uttrycket »uppenbart grundat».
[104] Se ovan s. 112.

mindre rörelse och ägde vissa inventarier och varulager, vilkas värde i och för sig kunde beräknas förslå till täckande av K:s fordran vid exekutiv försäljning. Det låge emellertid i K:s intresse, att G kunde fortsätta med rörelsen, och därför önskade K icke tvinga honom att realisera denna. Emellertid kunde K icke undvara pengarna. Därför och då det syntes ligga jämväl i S:s intresse, att G ej utblottades, borde S träda in som kreditgivare.

Svaranden S bestrider käromålet och anför: Borgensåtagandet erkändes. Emellertid vore det felaktigt, att G hade de tillgångar, som K påstått. Dessa vore ej G:s egendom. K:s yrkande bestredes på den grund, att K vore närmast att lämna G kredit, eftersom K, som han själv påstått, hade stort intresse av att rörelsen fortsattes.

Vid utkrävande av enkel borgen är det ett rättsfaktum, att huvudgäldenären saknar tillgång till gäldande av skulden. Som senare skall utvecklas, torde borgensmannen ha åberopsbördan härvidlag.[105] Det skulle alltså vara ett svarsfaktum, att gäldenären har tillgångar. Vi förutsätta i det följande resonemanget, att så är fallet. Problemet blir alltså: Får domstolen ogilla käromålet med den motiveringen, att huvudgäldenären, som käranden påstått men svaranden förnekat, har tillgångar till gäldande av skulden, varför borgensförbindelsen icke kan göras gällande? Några andra tillgångar än de åberopade bli tydligen ej av relevans i målet, eftersom S har åberopsbördan därvidlag och ej påstått existensen av tillgångar överhuvudtaget.

Givetvis bör i vårt exempel domaren söka reda upp saken genom sin materiella processledning.[106] Men om parterna processa utan ombud, kan det mycket väl hända, att svaranden upprört förklarar, att han visst icke ville påstå, att G hade några tillgångar, utan att han tvärtom kunde styrka motsatsen med lösöreköpskontrakt. Käranden, som misstänker, att G söker föra sina tillgångar utom räckhåll för borgenärerna, förleds därav till att envist framhärda i sitt åberopande och begär, att G skall höras i målet. Därmed har problemet ställts på sin spets. Enligt min mening bör domstolen därefter ej gå så långt som till att säga, att svaranden ej kan vinna utan att ändra ståndpunkt. Domaren bör ej inför parterna förutspå, hur domen kommer att se ut.[107] Däremot kan han hänvisa till vad som härvidlag är gällande rätt.

Till att börja med skola vi betrakta de förslag till lösning, som framförts i tysk rätt. Där föreligga olika åsikter om hithörande fall.[108] Stölzel anser, att den för käranden oförmånliga omständigheten får läggas till grund för domen trots förnekandet. Dennes åberopande vore i realiteten ett erkännande, ehuru det ej hänförde sig till ett åberopande av motparten, och därför finge den åberopande parten finna sig i att låta åberopandet gälla mot sig.[109]

[105] Se nedan s. 253 f.
[106] Jfr Kallenberg II s. 68.
[107] Se ovan s. 32.
[108] Se härom Seydel s. 22 ff.
[109] Se Stölzel s. 55.

Mot detta resonemang har invänts, att det vore irrationellt att fästa sig enbart vid ena partens åberopande av en oförmånlig omständighet. Även svarandens förnekande vore ju i realiteten ett sådant åberopande, och varför skulle man då fästa avseende vid just den förra partens påstående.[110]

Härtill kan fogas följande uttalande av Bülow: »Wer an uns ein Verlangen stellt, welches sich schon nach seinen eigenen Angaben als unbegründet herausstellt, den weisen wir ab, ohne uns darum zu kümmern, ob seine Angaben richtig sind oder nicht.»[111] Detta låter i förstone bestickande men passar nog bättre in på ansökningsförfaranden än på vanlig civilprocess. Man får inte glömma, att det finns två parter i målet. Och motpartens inställning är icke betydelselös. Skulle motparten exempelvis medgiva det ogrundade käromålet, skall detta trots allt bifallas. Det kan då icke vara orimligt att antaga, att motpartens inställning har betydelse även när det gäller åberopandena.

En mera modifierad åsikt hävdas av Sobernheim. Denne menar, att parternas åberopanden borde granskas var för sig. Först skulle man behandla vad käranden åberopat till grund för sin talan. Befunnes grunden icke »schlüssig»[112] måste käromålet ogillas. Bristande »Schlüssigkeit» förelåge även i det fallet, att käranden åberopat svarsfakta. Därefter granskades svarandens »Einreden» med avseende på »Schlüssigkeit».[113] Denna åsikt framstår emellertid som ganska schematisk. Den leder även i detta fall till att man skulle bortse från parts oförmånliga förnekanden men beakta dennes oförmånliga åberopanden. Detta synes omotiverat och har kritiserats av Sobernheim själv, när det gällt sådana författare, som kommit till detta resultat utan att bygga på åberopandenas »Schlüssigkeit». Dennes resonemang avser nu den typ av fall, då käranden åberopar svarsfaktum *A,* vilket svaranden förnekar. I detta fall vore kärandens talan »unschlüssig» och ledde till ogillande dom. Men antag, att omständigheten först göres gällande av svaranden, som åberopar *icke-A,* vilket käranden förnekar. I så fall skulle väl kärandens talan vara »schlüssig», medan svarandens invändning betraktades som otjänlig, varpå käromålet bifölles.[114] Det kan icke vara rimligt, att utgången av målet skall vara beroende av den ordning, i vilken åberopandena framställts.

Vidare kan här även anföras en mera sällan hävdad mening, vars huvudföreträdare är Pagenstecher. Denne anser, att i fall av oförmånligt åberopande och förnekande bevisningen finge ge utslaget.[115] Detta synes otillfreds-

[110] Se Sobernheim s. 46.
[111] Bülow s. 288.
[112] Om denna term se Olivecrona: Rätt och dom s. 180.
[113] Se Sobernheim s. 88 f. — Vid fastställandet av »Schlüssigkeit» finge man dock medtaga sådana obestridda påståenden av motparten, som vore till den andra partens förmån.
[114] Jfr Sobernheim s. 95.
[115] Se Pagenstecher s. 436 ff.

ställande. Båda parterna skulle då sträva efter att styrka något för dem oförmånligt. Detta bör ej få förekomma.[116]

Den åsikt, som väl torde få anses numera vara den härskande i tysk doktrin, är att förnekade oförmånliga åberopanden ej få läggas till grund för domen. Sålunda framhåller Rosenberg, att omständigheten icke finge bli föremål för bevisning. Om käranden försummat att i grunden åberopa omständigheten *A*, vilken därefter gjordes gällande av svaranden men förnekades av käranden, finge domen ej grundas på *A*. Käranden hade ju själv förklarat A för oriktig och avböjt att stödja sig därpå.[117] Häremot har invänts, att detta vore ett uttryck för en subjektiv åberopsbörda, något som ej eljest erkändes i tysk rätt.[118] Rosenberg genmäler, att det föreliggande fallet vore ett undantag, för övrigt icke det enda. Hegler har en annan motivering: Två påståenden stode mot varandra och upphävde varandra. Käranden påstode ej utan förnekade; svaranden förnekade ej utan påstode. Ingendera partens påstående kunde därför upptagas till prövning.[119]

För den svenska rättens vidkommande kan här ånyo hänvisas till de uttalanden hos PLB och i kommentaren till RB, vilka knappast kunna uppfattas annorlunda än att en omständighet måste vara åberopad av just den part, som därvidlag har åberopsbördan.[120] Visserligen måste det medgivas, att den motivering för åberopsbördan, som består däri, att motparten måste få klart för sig vad han har att bemöta, saknar betydelse i det nu behandlade fallet.[121] Men åberopsbördan utgör även ett utslag av dispositionsprincipen. Och det måste anses strida mot denna att påtvinga part ett försvarsmedel, som denne klart avvisat.[122] Vi erinra om situationen i borgensexemplet. Svaranden kan tro sig ha goda skäl att önska, att det ej i domen konstateras, att huvudgäldenären har tillgångar. Svaranden kan t. ex. befara, att något sådant kommer att aktivera andra borgenärer. Det kan rent av tänkas, att svaranden blir upprörd över att domstolen friat honom på en grund, som han ej vill vidkännas. Ett mera tydligt fall är att svaranden förnekar borgensåtagandet. Därpå replikerar käranden, att det inte vore omöjligt, att svaranden ej mindes detta, eftersom denne varit sinnessjuk vid tillfället. Svaranden tillbakavisar indignerat detta, men käranden framhärdar upprört och påstår uttryckligen

[116] Motivering nedan s. 120.

[117] Se Rosenberg: Beweislast s. 48. Jfr för fransk rätt Motulsky: Principes s. 117 samt för schweizisk Guldener s. 21.

[118] Se Seydel s. 25. Denne menar, att det oförmånliga åberopandet ägde så stort bevisvärde, att det därför i regel kunde läggas till grund för domen (s. 26 f.). Något motsvarande skulle säreget nog ej gälla för det oförmånliga förnekandet.

[119] Se Hegler s. 266.

[120] Se ovan s. 112.

[121] Se Ekelöf: Rättegång II s. 316.

[122] Jfr Kallenberg II s. 18 och s. 69 not 51 samt Planck I s. 322, vilka emellertid båda tala om »förhandlingsprincipen». Gentemot Planck Bülow s. 291 ff.

sinnessjukdom. Det bör väl då ej komma ifråga att mot svarandens bestämda önskan grunda en ogillande dom på sinnessjukdom.

Det oförmånliga åberopandet har icke utan skäl jämförts med ett erkännande. Detsamma kan väl sägas om det oförmånliga förnekandet. Att låta blotta formuleringen vara avgörande synes ju irrationellt. I så fall kunde två motstridiga erkännanden sägas stå mot varandra, eller om man hellre vill uttrycka sig så, två sådana åberopanden. Något skäl varför domstolen skulle beakta det ena men inte det andra låter sig svårligen uppletas, om man bortser från åberopsbördan. Och om man utan vidare godtager kärandens åberopande, innebär detta, att en tvistig omständighet behandlas som erkänd. Men då omständigheten faktiskt är tvistig, så borde den ju bevisas.

Antag då, att parterna i borgensexemplet vilja förebringa bevisning för sina ståndpunkter. Därmed skulle i realiteten var och en söka vederlägga sin egen talan. Bevisningen skulle draga kostnader. Ingendera parten kunde väl i regel erhålla ersättning härför. Båda parternas kostnader i denna del av målet måste ju anses vara onyttiga för tillvaratagande av *partens* rätt.[123] Om att en part har kostnader för att tillvarataga motpartens rätt finns det intet stadgande i RB. Och att motparten skulle vara så generös, att han medgåve att utgiva en kostnad, som ej kunde åläggas honom, får väl anses vara mindre vanligt förekommande, särskilt som kostnaden ändå ej medfört någon verklig nytta för den förlorande. Sålunda skulle båda parter fördyra sitt processande utan att därav ha någon som helst nytta. Detta bör icke få förekomma. Och antag, att bevisningen icke gåve tillräckligt utslag åt det ena eller andra hållet. Då finge man tillgripa en bevisbörderegel.

I borgensexemplet har borgenären bevisbördan för att huvudgäldenären saknar tillgångar. Domstolen skulle alltså konstatera, *att* käranden påstått, att tillgångar funnes, *att* svaranden förnekat detta, *och att* varken förekomsten eller frånvaron av tillgångar styrkts i målet. Domstolen skulle på grund av bevisbörderegeln döma, såsom om tillgångar funnes, vilket vore i enlighet med kärandens påstående. Men detta skulle medföra, att käromålet ogillades. Detsamma bleve följden, om käranden styrkte sitt påstående. Sålunda skulle för kärandens del resultatet bli detsamma av såväl den lyckade som den misslyckade bevisningen. Och om svaranden misslyckas med bevisningen, vinner han, varemot han förlorar, om han lyckas. Det kan icke vara någon mening med att tillåta bevisning under sådana omständigheter.[124] I stället bör rätten grunda domen på åberopsbördan och förklara att svaranden icke ens åberopat, att huvudgäldenären har tillgångar.

Antag emellertid, att domstolen faktiskt grundade domen på det svarsfaktum, som käranden åberopat, och ogillade käromålet samt förpliktade käran-

[123] RB 18: 8.
[124] Jfr RB 35: 7.

den att ersätta svarandens rättegångskostnader. Nog skulle väl följden därav många gånger bli, att käranden vädjade till hovrätten för att där återtaga sitt påstående. I det motsatta fallet, att domstolen lämnade åberopandet obeaktat och biföll käromålet, kunde det väl även hända, att svaranden ändrade inställning, vädjade till hovrätten och där åberopade vad han förnekat i underrätten. Men eftersom svaranden många gånger icke velat göra svarsfaktum gällande, torde överklagandena i detta fall bli färre.

Åtminstone för mig förefaller det, som om skälen mot att beakta omständigheter, som förnekats av den part, som därvidlag har åberopsbördan, skulle väga avgjort tyngre än vad som kan andragas till stöd för en motsatt uppfattning. Jag förordar sålunda, att ett oförmånligt åberopande icke skall få läggas till grund för domen i detta fall.

*D. Svaranden tar ej ställning till svarsfaktum*

Härefter återstå till behandling oförmånliga åberopanden i sådana fall, där motparten, som har åberopsbördan, väl har kommit tillstädes men varken erkänner eller förnekar. Här föreligga flera möjligheter. Antingen kan motparten yttra sig spontant eller svara på en fråga om sin inställning, eller också förbiser domaren att fråga parten därom och denne yttrar sig ej heller självmant. I det förra fallet kan motparten t. ex. säga sig ej veta, hur det förhåller sig med omständigheten, vägra att yttra sig därom eller eljest lämna domarens fråga obesvarad. Får omständigheten likväl läggas till grund för domen?

Den tyska doktrinen är i detta fall av mindre intresse. Detta beror på den speciella betydelse, som i tysk rätt tillmätes förnekandet. Enligt ZPO § 138 st. 3 skola nämligen sådana rättsfakta, som icke uttryckligen förnekats, anses som erkända, där ej partens avsikt att förneka framgår av vad han i övrigt anfört. På detta stadgande ha de tyska författarna i regel byggt sina motiveringar för att ifrågavarande omständigheter få läggas till grund för domen.[125] Några ändamålsskäl anföras knappast alls.

Somliga av dessa fall synas ligga nära de situationer, då den förmånliga omständigheten förnekats. Motpartens hållning torde stundom vara ett uttryck för hans vilja, att omständigheten icke skall beaktas. I så fall borde detta enligt dispositionsprincipen ej heller ske. Men hur skall man kunna skilja ut dessa fall från de övriga, om den materiella processledningen slår slint?

Vidare återkomma samma problem, som vi tidigare mött i tredskodomsvarianten. I somliga fall, t. ex. preskription, måste man tydligen kräva åberopanden av just den part, som har åberopsbördan. I andra fall saknas vä-

[125] Se Seydel s. 18 med där angiven litteratur. Seydel själv är av annan mening och anser, att en sådan omständighet i regel bör anses som förnekad. Jfr för fransk rätt Motulsky: Principes s. 117.

gande skäl härför. Vilka fall som böra hänföras till den ena och den andra gruppen är emellertid svårt att säga.

På grund härav vill jag liksom i tredskodomsfallet förorda, att alla fall behandlas lika. Eftersom det är tydligt, att vägande skäl tala för att ibland, t. ex. i preskriptionsexemplet, icke beakta oförmånliga åberopanden, medan inga starkare skäl tala för den motsatta ordningen, bör valet falla på att icke tillerkänna dessa påståenden någon betydelse. Detta skulle också medföra den stora fördelen, att man finge en enkel och klar regel för alla åberopanden av part, som ej har åberopsbördan. Lösningen skulle alltid bli densamma: sådana åberopanden finge ej läggas till grund för domen.[126] Detta överensstämmer med ordalydelsen av RB 17: 3 p. 2. I vissa fall kunna emellertid *motpartens* uttalanden jämställas med åberopanden, nämligen då rättsfaktum göres ostridigt genom erkännande, samt då dennes förnekande kan anses utgöra ett eget åberopande av den omständighet, för vilken han har åberopsbördan.

*Parterna lämna olika versioner av ett åberopat händelseförlopp*

Slutligen skola vi omnämna en situation, som kan sägas ha visst samband med de oförmånliga åberopandena. Antag, att käranden åberopar en försträckning av den 14 juli 1957. Svaranden erkänner försträckningen men påstår, att den ägt rum den 17 juli, vilket käranden förnekar. Det är intet tvivel om att samma händelseförlopp avses. Antag nu vidare, att bevisningen giver svaranden rätt. Någon försträckning den 14 juli har tydligen icke förekommit. Icke skulle väl domstolen då kunna ogilla käromålet med motivering, att ett moment i grunden befunnits icke föreligga? Det kan ej krävas, att käranden skall åberopa det senare datum alternativt.

Möjligen skulle man kunna säga, att tidpunkten i regel icke är ett moment i rättsfaktum försträckning utan blott ett individualiseringsmoment vid dess sida. Någon särskild rättsföljd är ju ej i detta enkla fall anknuten till tidpunkten, när det gäller utfåendet av kapitalbeloppet. Men antag, att den omstämda fordringen löper med ränta från sin uppkomst, och att käranden även yrkar räntan från denna dag. Då är tidpunkten otvetydigt rättsfaktum beträffande räntan. I så fall är det klart, att huvudstolen skall utdömas, samt att ränteyrkandet för tiden från den 14— den 17 juli skall ogillas. Men det kan ej komma ifråga att ogilla ränteyrkandet i övrigt. Tidpunkten har nämligen ej betydelse för frågan om ränta överhuvudtaget skall utgå, blott för begynnelsen av ränteberäkningen. Och kärandens talan måste rimligen så uppfattas, att ränta skall löpa för varje dag, som fordringen stått ute obetald.

Antag emellertid, att svaranden giver den versionen av händelseförloppet,

[126] Så även Skeie I s. 408.

att han visserligen mottagit beloppet av käranden men som betalning för en sak, som käranden köpt av honom. Fastställes detta i målet, har det tillika konstaterats, att väsentliga moment i grunden icke existera. Käromålet måste då naturligtvis ogillas.

Antag slutligen, att käranden uppgivit försträckningens datum till den 14 juli 1953, medan svaranden påstår, att den uppkommit samma dag år 1951, samt att den sålunda är över tio år gammal och följaktligen preskriberad. Om käranden icke kan styrka sitt påstående om tidpunkten, skall käromålet ogillas.[127] Här är tidpunkten avgörande för hela målet men endast som stöd för svarandens invändning.

Man kan fråga sig i vilken mån svarandens avvikande version av ett av käranden åberopat händelseförlopp får läggas till grund för domen. Även sådana versioner kunna ju ibland vara en form av oförmånliga åberopanden. Om det icke har någon betydelse för rättsföljden, vilken version som fastställes, kan det heller icke finnas något vägande skäl mot att domstolen får grunda domen på svarandens version. I annat fall torde det vanligen förhålla sig så, att svarandens version utesluter sådana rättsfakta eller moment däri, som äro oundgängliga för att käromålet skall kunna helt bifallas. Då svarandens version fastställes i målet, är alltså grunden till en ogillande dom, att något moment i den av käranden åberopade grunden för käromålet befunnits icke föreligga. Strängt taget har domstolen i detta fall beaktat svarandens version som bevisfaktum. Att det förhåller sig som svaranden påstått bevisar nämligen att kärandens påstående är felaktigt. Om slutligen svarandens version har karaktären av ett motfaktum, skall det självfallet beaktas som ett sådant.

Antag slutligen, att svarandens version kan tjäna som en alternativ grund för käranden. Då får den icke läggas till grund för en bifallande dom med mindre käranden åberopar grunden, åtminstone alternativt. Motsatsen skulle strida såväl mot dispositionsprincipen som mot RB 17: 3 p. 2.[128]

[127] En ytterligare förutsättning är att preskriptionsavbrott ej åberopas och styrkes.

[128] A.m. för tysk rätts vidkommande Sobernheim s. 117 ff. Avgörande för tillåtligheten av ett sådant förfarande skulle enligt Sobernheim vara, att kärandens »Begehren» icke därigenom ändrades (s. 120). Om sålunda käranden A på grund av ett testamente av X yrkade utfående av en sak från svaranden Y och den sistnämnde gjorde gällande, att testamentet upphävts, men att X därefter upprättat ett nytt testamente med, såvitt här vore ifråga, samma innehåll, erfordrades icke, att A åberopade det nya testamentet. Domstolen behövde nämligen ej taga ställning till vilketdera testamentet som vore gällande. I stället kunde käromålet genast bifallas med motiveringen, att det vore grundat »so oder so». Denna åsikt kritiserades redan i Salingers recension (s. 338 ff.).

# Kap. 6.
# Åberopsbördan och stämningsansökningens innehåll. Tredskodomssituationer.

Vi skola härnäst behandla frågan om hur mycket av sin åberopsbörda beträffande grunden som käranden måste ha fullgjort redan i stämningsansökningen. Måste samtliga moment i grunden vara åberopade redan på detta stadium, och skall stämningsansökningen avvisas, om så ej skett?[1]

Att sammankoppla åberopsbördan med reglerna om stämningsansökans innehåll är enligt min mening icke i allo riktigt. Antag nämligen, att RB 42: 2 st. 1 mom. 1 endast vore ett uttryck för tanken, att käranden hade åberopsbördan för grunden. I så fall vill det synas, som om stadgandet vore överflödigt vid sidan om RB 17: 3 p. 2. Om käranden icke åberopat någon grund eller en otydlig sådan, skulle hans talan i så fall *ogillas* med tillämpning av det senare stadgandet. Men så som RB utformats i andra avseenden, låter sig detta icke göra. Jag syftar bland annat på reglerna om rättskraften. Om man ogillade en talan på grund av att käranden brustit åt sin åberopsbörda genom att icke anföra någon grund för sitt yrkande, kunde man icke veta vad som vore rättskraftigt avgjort.[2] Det behövs därför ett komplement till RB 17: 3 p. 2, som täcker just denna situation, och varigenom den anförda olägenheten elimineras på det sättet, att käromålet icke ogillas utan avvisas. RB 42: 2 st. 1 mom. 1 i förening med RB 42: 4 st. 1 utgör just detta komplement. Visserligen skulle man kunna säga, att RB 42: 2 st. 1 mom. 1 också tjänar det ändamålet, att svaranden skall få veta, vilka rättsfakta som han måste försvara sig mot. Men utan RB 17: 3 p. 2 vore det förra stadgandet tämligen värdelöst i detta hänseende. Då kunde ju domstolen beakta andra grunder för käromålet, t. ex. sådana som införts genom bevisningen, och svaranden skulle ej kunna inskränka sitt försvar till att bemöta vad käranden påstått i stämningsansökningen.[3] RB 42: 2 st. 1 mom. 1 tillgodoser alltså främst kravet på att grunden under alla omständigheter måste vara individualiserad för att rättegång och dom överhuvudtaget skall kunna tillåtas och vissa därtill anknutna rättsföljder såsom litispendens och rättskraft skola kunna fastställas till sitt innehåll. Detta måste vara klart redan från första stund i målet. Därför skall grunden också vara individualiserad redan i stämningsansökningen.[4]

[1] Möjligen kan ett uttalande av Bolding (se Försäkringsfallet s. 20) tolkas i den riktningen. Så behöver dock ej vara fallet.
[2] Jfr ovan s. 70 samt Tybjerg s. 48 f.
[3] Se ovan s. 20 f. Jfr Kisch s. 189.
[4] Se ovan s. 21.

Att påföljden för underlåtet åberopande är en annan enligt RB 42: 4 st. 1 än enligt RB 17: 3 p. 2 synes mig nu motivera, att man tillämpar än det ena, än det andra stadgandet, när käranden försummat att åberopa omständigheter i grunden. Den förra bestämmelsen skall tillämpas, *pro primo* när käranden icke åberopat någon grund alls, och *pro secundo* när de åberopade omständigheterna ej äro tillräckliga för att individualisera grunden, så att frågor om rättskraft, litispendens, ändring av talan och dylikt kunna avgöras.[5] *Pro tertio* torde RB 42: 4 st. 1 böra tillämpas, när det finns anledning att antaga, att käranden håller inne med sitt åberopande i syfte att kasta fram det på ett senare stadium av rättegången.[6] I så fall torde föreläggande att avhjälpa bristen — liksom i de två föregående fallen — böra givas med stöd av RB 42: 3 och frågan därefter avgöras på grundval av vad käranden anfört i anledning av föreläggandet. Motiveringen till att även här tillämpa RB 42: 4 st. 1 synes vara, att RB 42:2 st. 1 mom. 1 även har till uppgift att säkerställa koncentrationen av handläggningen.

*Pro quarto* torde RB 42: 4 st. 1 vara tillämpligt i vissa fall, då käranden sammanfört rättsfakta under ett allmänt formulerat åberopande och tvistens art eller omständigheterna i det enskilda fallet giva vid handen, att åberopandet oundgängligen måste specificeras till att omfatta preciserade rättsfakta för att svaranden skall kunna förbereda sin talan. Allmänna åberopanden kunna dock godtagas ifråga om rättsfaktumskomplex, som typiskt sett ej äro tvistiga i mål av ifrågavarande art,[7] eller som icke äro av dominerande betydelse i målet. Likaså böra allmänna åberopanden kunna accepteras, om käranden angiver något särskilt skäl därtill, t. ex. att svaranden förväntas erkänna vad som sålunda åberopats.[8] Om ett allmänt åberopande icke kan godtagas, bör föreläggande om precisering givas enligt RB 42: 3. Om käranden vägrar att efterkomma föreläggandet utan att angiva något godtagbart skäl därför, främst att rättsfakta väntas vara ostridiga, synes stämningsansökningen böra avvisas. Omständigheterna till grund för talan äro ju då ej *tydligt* angivna.

Om emellertid intet av dessa fyra fall föreligga, synes mig däremot RB 17: 3 p. 2 och icke RB 42: 4 st. 1 böra komma till användning, därest käranden underlåtit att åberopa någon i grunden ingående omständighet. Detta skulle med andra ord innebära, att omständigheter finnas, vilka ingå i grunden för käromålet och sålunda måste åberopas av käranden, men som

[5] Jfr Wach: Vorträge s. 74, Rich. Schmidt s. 392 not 2 samt Hammerich s. 178 f.

[6] Det sistnämnda bör väl dock föranleda avvisning endast när det gäller mera väsentliga rättsfakta. Det synes ej erforderligt, att domstolen skall efterforska anledningen till att ett eller annat mindre rättsfaktumsmoment i grunden utelämnats i stämningsansökningen. Denna tredje förutsättning för avvisning torde därför ha ganska liten självständig betydelse vid sidan av de förra.

[7] Se ovan s. 71 ff.

[8] Se ovan s. 73.

ej nödvändigtvis måste upptagas redan i stämningsansökningen.[9] Att avvisa stämningsansökningen vid varje brist i kärandens åberopsbörda med avseende på grunden synes stå i strid mot principen »da mihi factum, dabo tibi ius». Vad käranden har att åberopa är de fakta, som *enligt hans mening* äro tillräckliga för att grunda hans yrkande.[10]

Antag t. ex., att käranden i ett skadeståndsmål åberopat blott själva skadegörelsen och den därav orsakade skadan men däremot icke, att svaranden varit vållande därtill. Om det nu är kärandens åsikt, att svaranden står strikt ansvar för skadan,[11] men domstolen redan när stämningsansökningen ingives har den uppfattningen, att svaranden blott ansvarar för culpa, så skall ansökningen ej avvisas. Målet skall i stället upptagas till prövning och i sinom tid ogillas med motivering, att käranden ej ens åberopat den erforderliga culpan. I annat fall skulle ju käranden förvägras möjligheten att få frågan om strikt ansvar prövad av domstol. Käranden kan ju rimligen kräva, att han får muntligen inför rätten argumentera i frågan om vad som grundar rätt till skadestånd. Och även svaranden kan ibland vara intresserad av att erhålla ett prejudikat i frågan.

Det kan således hända, att stämningsansökningen icke skall avvisas enligt RB 42: 4 st. 1, trots att käranden ej fullgjort sin åberopsbörda med avseende på grunden. I det angivna exemplet var situationen egentligen den, att kärandens grund hade varit bärkraftig, om domstolen delat hans uppfattning i rättsfrågan. Ur kärandens synvinkel var grunden fullständig, och om han lagt till ett åberopande om vållande, skulle detta med hans uppfattning i rättsfrågan ha inneburit, att han gjort gällande en alternativ grund vid sidan av den första.

Emellertid kunna andra fall förekomma, där kärandens underlåtenhet att åberopa icke kan förutsättas bero på hans uppfattning i rättsfrågan. Här skulle det alltid vara fråga om en och samma grund, även om det bristande åberopandet framställdes. Men även i sådana fall av klart ofullständig grund kan det hända, att stämningsansökningen icke bör avvisas. Antag exempelvis, att vad som utelämnats är smärre moment i grunden, vilka icke äro erforderliga för att individualisera denna och ej heller av egentlig bety-

[9] Att käranden åberopar dem redan i stämningsansökningen ligger emellertid i hans intresse av annan orsak. Är grunden ofullständigt åberopad i stämningsansökningen, kan käranden nämligen ej erhålla tredskodom enbart på denna. Se nedan s. 135.

[10] Jfr Schönke § 47 III 4 b (s. 185).

[11] Det förutsättes, att det strikta ansvaret ej skall grunda sig på något rättsfaktum, som ligger utanför vad käranden åberopat. Antag t. ex., att käranden skadats genom en handling av svarandens anställde. Käranden åberopar, att svaranden bedriver en verksamhet av närmare angivet slag, att skadegöraren är anställd i viss ställning, samt att en preciserad skada uppkommit genom en bestämd handling. Däremot åberopas varken culpa hos svaranden eller hos den anställde. Käranden anser nämligen, att hans talan ändå är grundad.

delse för svarandens förberedande av sitt försvar. Som exempel härpå kan anföras följande fall.

Antag, att en hemmansägare väcker talan mot en granne och till grund åberopar följande omständigheter. Kärandens beteshage gränsade till svarandens åker. I hagen brukade käranden låta sina kor beta, medan åkern icke utnyttjades av svaranden till betesmark. I ägogränsen funnes stängsel, som skulle underhållas av svaranden till en fjärdedel av sträckan.[12] Svaranden hade emellertid försummat sin underhållsskyldighet. Till följd därav hade stängslet förfallit på ifrågavarande sträcka, så att det ej hindrade kreaturen från att taga sig in i åkern. Käranden hade nu nödgats själv reparera stängslet. Han yrkade därför ersättning av svaranden med kostnaden härför, fördelad på visst belopp för stängselvirke o. d. och visst belopp för arbetslön.

Enligt 49 § 2 st. lagen om ägofred äger den som fordrar rättelse av försummelse ifråga om stängselskyldigheten att själv bota bristen och erhålla ersättning för kostnaderna av grannen, under förutsättning dock att den senare icke avhjälpt bristen ofördröjligen *efter tillsägelse*.[13] I vårt exempel har emellertid käranden icke åberopat, att svaranden anmodats reparera stängslet. Man kan fråga sig, vilkendera parten som skall ha åberopsbördan i detta avseende. Bevisbördan för tillsägelsen måste anses åvila den som kräver reparation. Det kan icke begäras av den försumlige grannen, att denne skall styrka, att någon anmodan att reparera aldrig givits. Bevissvårigheterna för grannen äro ju så avsevärda, att det skulle motverka syftet med bestämmelsen ifråga, om bevisbördan lades på denne. Däremot kunde man ju tänka sig, att grannen hade åberopsbördan, eller med andra ord att utebliven tillsägelse utgjorde svarsfaktum. Därigenom skulle man i vissa fall undgå att i processen behandla frågan om tillsägelse skett, nämligen när detta vore ostridigt.[14] Å andra sidan bör käranden i högre grad ha sin uppmärksamhet fästad på tillsägelsen, eftersom han ju har bevisbördan härför. Att lägga åberopsbördan på den som reparerat stängslet kunde därför tyckas bättre motsvara vad parterna uppfatta som en naturlig placering av densamma samt medverka till att dessa besparades obehagliga överraskningar i form av en dom, grundad på att åberopsbördan ej fullgjorts.[15] Jag vill för min del hålla före, att det här anförda exemplet utgör ett fall, där det icke finns tillräckligt starka skäl för att placera åberopsbördan annorlunda än bevisbördan. Tillsägelsen bör därför anses utgöra ett moment i grunden för käromålet.

Om nu käranden i sin stämningsansökan underlåtit att göra gällande, att svaranden anmodats reparera stängslet, skulle alltså grunden i detta avseende vara ofullständig. Men detta kan väl icke rimligen medföra, att stäm-

[12] 3 § lagen om ägofred.
[13] Jfr även ovan s. 98 ff.
[14] Se vidare nedan s. 198 ff.
[15] Se den utförligare argumentationen nedan s. 204 f. samt s. 254.

ningsansökningen skulle avvisas. Denna fyller ju trots bristen sin funktion att avgränsa tvisten till en bestämt utpekad fråga och klargöra för svaranden vad han har att försvara sig mot. Att en eller annan mindre detalj i grunden utelämnats, kan icke medföra, att stämningsansökningen anses oduglig för rättegång. Svarandens möjligheter att förbereda sitt svaromål försvåras nämligen icke i någon högre grad av bristen. Och denna till trots vet domstolen vad den har att döma över. Bristen är rent av så pass obetydlig, att det ej synes motiverat att utfärda föreläggande jämlikt RB 42: 3. Det bör också i detta sammanhang uppmärksammas, att RB 42: 4 st. 1 stadgar avvisning, om omständigheterna i grunden icke äro *tydligt* angivna. Det står alltså inte i lagen, att grunden skall angivas tydligt *och fullständigt*.[15a]

Vi övergå härefter till ett ganska tveksamt fall av otillräckligt preciserat åberopande. Antag, att en kommittent yrkar skadestånd av en försäljningskommissionär under åberopande av följande omständigheter: Mellan parterna förelåge ett kommissionsavtal. På grund av detta hade kommissionären för kommittentens räkning ingått ett försäljningsavtal med tredje man. Därvid hade kommissionären visat försumlighet genom att sälja godset till lägre pris än omständigheterna medgivit.[16] Kommittenten angiver emellertid icke, vari dessa omständigheter skulle ha bestått. Omständigheterna kring försäljningen till tredje man måste anses utgöra moment i rättsfaktum »försummelse» och torde omfattas av kommittentens åberopsbörda.[17]

Här gäller frågan i vilken mån käranden redan i stämningsansökningen måste uppdela ett allmänt åberopande. Måste redan där de omständigheter specificeras, vilka motivera, att priset kan anses för lågt?[18]

Såsom tidigare framhållits[19] kunna allmänna åberopanden av sådana rättsfakta godtagas, vilka typiskt sett ej bruka vara tvistiga i mål av ifrågavarande art, eller vilka käranden eljest angiver som ostridiga. Det senare förutsättes icke vara fallet i vårt exempel. Och den förstnämnda förutsättningen föreligger ej heller, eftersom just omständigheterna kring priset torde höra till det typiskt sett tvistiga i detta slags mål.

Om det varit så, att käranden åberopat blott att svaranden varit försumlig vid ingåendet av avtalet med tredje man, torde domstolen alltid böra före-

[15a] Annorlunda ÖZPO § 226 st. 1. Se härom Fasching II s. 21.
[16] Kommissionslagen 17 §.
[17] I annat fall skulle kommissionären behöva göra gällande, att inga som helst tänkbara omständigheter förelegat, vilka motiverat högre pris. Om kommissionären tillika hade bevisbördan, skulle en situation uppstå, som vore analog med den i SvJT 1960 s. 399 ff. behandlade. Åvilade bevisbördan i stället kommittenten, hade denne att framställa ett konträrt åberopande av de hithörande omständigheter, som han önskade påtala. Men eftersom omständigheterna kring priset utgöra den typiska tvistefrågan i mål av detta slag, skulle det medföra onödig omgång, om käranden först i sin replik på svaromålet framställde de väsentligaste åberopandena. Dessa böra därför ingå i grunden.
[18] Jfr Gärde s. 574.
[19] Se ovan s. 71 ff. och s. 125.

lägga käranden att förtydliga sina åberopanden. Sker ej detta, synes ansökningen böra avvisas. Käranden har i detta fall alltför otydligt angivit sin ståndpunkt. Svaranden måste få veta på vilket sätt han skulle ha varit försumlig. Och om käranden ej förmår uppgiva detta i sitt svar på domstolens föreläggande, ligger det antagandet nära till hands, att han ej heller skulle kunna göra detta senare under förhandlingen, och att tvistefrågan därmed icke skulle kunna preciseras.

I vårt exempel har käranden emellertid angivit, varuti svarandens försummelse skulle bestå. Däremot har den förre ej angivit de omständigheter, vilkas förhandenvaro medför, att det framstår som försumligt att sälja godset till det ifrågavarande priset. Bör även en sådan stämningsansökan slutligen avvisas?

Antag, att så icke vore fallet. Då skulle kärandens allmänna åberopande ej behöva specificeras, om svaranden erkände, att han varit försumlig genom att sälja till för lågt pris. Liktydigt härmed skulle vara, att svaranden uteblivit. Erkännandet av ett komplext rättsfaktum (respektive uteblivandet) medför ju, att det blir onödigt att specificera momenten däri.[20] Med en sådan ordning slipper man att belasta processmaterialet med onödiga uppgifter. Men om svaranden förnekar, kan domstolen icke bifalla kommittentens yrkande med mindre denne uppdelar sitt åberopande. Ifrågavarande omständigheter ha ju karaktären av rättsfakta. De måste alltså särskilt åberopas, icke minst därför att svaranden skall få veta vad han har att bemöta.[20a] Däremot kan käromålet ogillas. Motiveringen härför blir då, att käranden icke ens angivit de omständigheter, som medföra, att priset kan anses för lågt, och att svarandens handlingssätt på grund därav ej framstår som försumligt. Skulle rätten i stället formulera domskälen så, att vad käranden påstått icke giver anledning till antagande, att priset varit för lågt och att svaranden därvidlag förfarit försumligt, är detta i den föreliggande situationen egentligen samma sak. Men har bara avstått från att hänvisa till åberopsbördan. Men att käranden icke fullgjort denna är det som egentligen ligger till grund för ogillandet. Domstolen har ej kunnat bedöma skäligheten av priset, då käranden ej uppgivit t. ex. gängse marknadspris, godsets kvalitet och dylikt.

Antag emellertid, att svaranden framställt påståenden därom. Detta är visserligen ej erforderligt för att hans talan skall få framgång, ty han kan förhålla sig passiv i avbidan på att käranden fullgör sin åberopsbörda. Sker ej detta, vinner svaranden ändå. Men denne kan ju ha en känsla av att vilja rentvå sig från kärandens beskyllningar och dessutom vara osäker på vem åberopsbördan åvilar. Antag, att svaranden alltså åberopar för honom förmånliga omständigheter, såsom att varan var vattenskadad, och att mark-

[20] Se ovan s. 71 ff.
[20a] Jfr SvJT 1960 s. 397 ff.

nadspriset med hänsyn därtill utgjorde 1 230 kronor, vilket överensstämde med det avtalade. Antag vidare, att käranden förnekar det förra men erkänner det senare påståendet. Såsom vi tidigare funnit,[21] får domstolen då icke grunda domen på något konstaterande av varans skick. Att käranden förnekat vattenskada, kan visserligen anses utgöra ett åberopande av ickevattenskada. Men detta utgör ej detsamma som ett påstående om felfrihet. Varan kan ju ha haft andra fel eller eljest varit av mindre god kvalitet, och ovissheten därom skall till följd av åberopsbördans placering gå ut över käranden. Däremot är marknadspriset ostridigt men saknar avgörande betydelse, då man ej känner varans kvalitet. I detta läge borde domstolen formulera sin dom på ungefär följande sätt: Väl har käranden förnekat svarandens påstående om vattenskada. Men enbart det förhållandet, att varan måhända icke varit på sådant sätt skadad, kan ej medföra, att priset kan anses för lågt. Någon annan omständighet, som stöder detta antagande, har käranden ej förmått uppgiva. Käromålet skall förty ogillas.

Om i detta fall svaranden skulle vilja förebringa bevisning för sitt påstående om varans skick, torde denna bevisning böra avvisas. Resultatet skulle bli detsamma, vare sig bevisning företes eller ej, nämligen ogillande dom. Då måste väl bevisningen sägas vara uppenbart utan verkan.[22] Att tillåta bevisning skulle rent av kunna skada svaranden. Denne torde nämligen icke kunna erhålla ersättning för kostnaden härför, såvida käranden ej medgiver detta. Bevisningen har ju ej varit skäligen påkallad för tillvaratagande av svarandens rätt.[23]

Antag slutligen, att käranden erkänner båda svarandens ovannämnda påståenden. Då föreligger ett fall, där domstolen faktiskt kan avgöra prisfrågan på grundval av omständigheterna i målet. Ostridiga rättsfakta få ju, som vi funnit, läggas till grund för domen, oavsett vem som åberopat dem. Men detta medför naturligtvis också, att käromålet ogillas.

Efter dessa smärre utvikningar återgå vi till huvudfrågan: Måste käranden precisera sitt åberopande av omständigheterna kring priset redan i stämningsansökningen för att hans talan överhuvudtaget skall upptagas till prövning? Här ligger det ju annorlunda till än i stängseltvisten. Där fanns överhuvudtaget intet åberopande av tillsägelsen att reparera stängslet. Denna fråga hade knappast heller någon egentlig betydelse för svarandens planering av sin processföring. Men i kommissionsfallet föreligger ett åberopande, ehuru så generellt, att svaranden icke kan förstå vad käranden åsyftar. Känner svaranden icke till de omständigheter, vilka käranden anser grunda påståendet om för lågt pris, måste det vara svårt för den förre att utforma ett ordentligt svaromål till första inställelsen. Detta medför troligen, att domsto-

[21] Se ovan s. 98 f.
[22] RB 35: 7.
[23] RB 18: 8.

len måste förordna om fortsatt förberedelse. Som tidigare[23a] framhållits, måste nämligen omständigheterna ifråga höra till dem som typiskt sett äro tvistiga i mål av detta slag.

Detta synes mig nu motivera, att rätten åtminstone utfärdar föreläggande för käranden att avhjälpa bristen.[24] Men om denne icke efterkommer detta och det ej framgår, att han tredskas, synes det mig likväl alltför strängt att avvisa stämningsansökningen. Denna innehåller ju dock en bestämt avgränsad tvistefråga, grunden är individualiserad, och svaranden får åtminstone i stort sett klart för sig, vilket handlingssätt som käranden anser felaktigt. Något hinder för att domstolen skall kunna avdöma målet finnes ej. Tredskodom kan sålunda givas mot svaranden. I något enstaka fall lär rent av frågan om svarandens försummelse kunna prövas på grund av de åberopanden av omständigheter kring prissättningen, som denne framställt och käranden erkänt.[25] Jag skulle därför vilja förorda, att rätten trots det obesvarade föreläggandet utfärdar stämning och utsätter målet till muntlig förberedelse. Vid första inställelsen kan måhända bristen avhjälpas, om domaren utnyttjar sin materiella processledning. Att svaranden begär uppskov för att överväga sitt svaromål medför i regel ökade kostnader och besvär för denne. Men härför kan han få ersättning av käranden, huru målet än avlöper. Käranden har ju vållat uppskovet genom sin försummelse att icke iakttaga rättens föreläggande.[26]

Någon kanske ställer sig tveksam till påståendet, att ett obesvarat föreläggande att avhjälpa brist i stämningsansökan icke alltid kunde medföra ansökningens avvisande. Det skulle med andra ord förhålla sig så, att ett föreläggande jämlikt RB 42: 3 ej i samtliga fall kunde sanktioneras med avvisning.[27] Till stöd för detta påstående vill jag åberopa ordalydelsen av RB 42: 4 st. 1.[28] Stadgandet kan ej tolkas annorlunda än att blott vissa bestämda brister kunna föranleda avvisning, även om föreläggande givits i vidare utsträckning. Att grunden är otydligt angiven, medför avvisning. Det är ej orimligt att säga att grunden i vårt exempel är otydlig. Men otydligheten skall vara så betydande, att ansökningen är otjänlig som grundval för rättegången.[29] Och detta synes mig icke vara fallet i vårt exempel.

[23a] Ovan s. 128.

[24] Jfr GÄRDE s. 578.

[25] Se ovan s. 130.

[26] RB 18: 6.

[27] En annan sanktion finnes dock, som nämnts, i RB 18: 6. Jfr EKELÖF: Civilprocessen II (1 uppl.) s. 452.

[28] »Efterkommes ej föreläggande att avhjälpa brist i stämningsansökan *och* består bristen däri, att ... de omständigheter, varå käranden grundar sin talan, ej äro tydligt angivna, eller är bristen eljest så väsentlig, att ansökan är otjänlig som grund för rättegång, skall ansökan avvisas.»

[29] Så utlägges RB 42: 4 st. 1 både av PLB och kommentaren till RB (se PLB s. 430 och GÄRDE s. 579). Något sådant kan väl ej direkt utläsas ur lagtexten men måste anses både rimligt och ändamålsenligt.

Att stämningsansökningen icke skall avvisas varje gång, då käranden ej fullgjort sin åberopsbörda med avseende på grunden, synes mig vidare framgå av andra bestämmelser i rättegångsbalken. Antag, att svaranden uteblivit och käranden yrkar tredskodom. Då skall käromålet enligt RB 44: 8 st. 2 *ogillas,* om den senares framställning »ej innefattar laga skäl för käromålet eller det eljest uppenbart framgår, att käromålet är ogrundat». Att kärandens framställning innefattar laga skäl för käromålet innebär ju icke, att samtliga tänkbara förutsättningar för den med käromålet korresponderande rättsföljden skola vara täckta med åberopanden. Att svarsfakta ej föreligga behöver sålunda lika litet vara påstått vid tredskodom som vid en dom i vanlig ordning. Blott en mindre del av alla civilrättsligt relevanta rättsfakta behöver vara åberopad. Endast sådana, som tillhöra grunden, komma här ifråga, om vi begränsa oss till den situationen, att svaranden uteblivit från första inställelsen och således ej åberopat något för egen del.[30] Men hur mycket av grunden måste käranden ha täckt med åberopanden för att kunna erhålla tredskodom mot svaranden? Det är till att börja med klart, att åtminstone så mycket måste vara åberopat, som kräves av RB 42: 4 st. 1. Eljest skulle ju stämningsansökningen ha avvisats. Men räcker det för tredskodom att uppfylla kravet i nyssnämnda stadgande? Eller måste käranden därutöver ha åberopat så mycket, att *hela* hans åberopsbörda beträffande grunden är fullgjord? Tidigare har det ju hävdats, att det senare kravet kan omfatta flera omständigheter än det förra.

Kan det då sägas otvetydigt framgå av RB 44: 8 st. 2, att även käromål på ofullständigt åberopad grund kunna vara föremål för stämning och rättegång, samt att sådana käromål följaktligen icke skola avvisas utan ogillas?[31] Tredskodom förutsätter ju, att stämning utfärdats. Den i lagen avsedda situationen måste därför vara sådan, att stämningsansökningen uppfyllt föreskrifterna i RB 42: 4 st. 1. Eljest skulle den ju ha avvisats. Slutsatsen skulle då bli den, att ett käromål kunde ogillas på grund av att käranden icke fullgjort sin åberopsbörda, trots att denne åberopat så många fakta, som krävdes enligt RB 42: 4 st. 1.

Helt bindande är emellertid icke detta resonemang. Stadgandet om »laga skäl» kan nämligen ha betydelse alldeles oberoende av att käranden icke uppfyllt sin åberopsbörda. Detsamma kan nämligen avse den situationen, att vad

[30] De åberopanden, som svaranden kan ha framställt på ett tidigare stadium av målet, skola nämligen beaktas, även om han sedermera utebliver (se Gärde s. 640). Om något åberopat svarsfaktum på grund av bevisningen i målet kan anses uppenbart, kan det hända, att käranden måste åberopa replikfaktum för att kunna erhålla bifallande tredskodom.

[31] Se Gärde s. 640: »Av betydelse för domens innehåll är emellertid även, om de av käranden uppgivna omständigheterna utgöra laglig grund för hans talan. Befinnas omständigheterna otillräckliga eller framgår eljest uppenbart, att käromålet är ogrundat, skall det ogillas.» Jfr PLB. s. 466 samt Olivecrona: Rätt och dom s. 180.

käranden åberopat, alldeles bortsett från om det är fullständigt eller ej, överhuvudtaget icke kan utgöra grund för den rättsföljd, som korresponderar med kärandens yrkande. Ogillandet skulle i så fall icke grundas på bristande åberopande utan hänföra sig till rättsfrågan.[32] Antag, att uttrycket »laga skäl» avsåge endast denna situation. Då skulle ett käromål, där käranden ej fullgjort sin åberopsbörda med avseende på grunden, ändå bifallas, om blott den utpekade — men ej i allo åberopade — grunden vore sådan, att den med kärandens yrkande korresponderande rättsföljden kunde vara anknuten därtill. PLB:s tal om »otillräckliga» omständigheter tyder visserligen på att lagens upphovsmän haft båda fallen i tankarna, således även att käranden ej fullgjort sin åberopsbörda. Men någon säker slutsats därom synes ej kunna dragas. Dessutom äro ju motiven ej bindande.

Kanske kunde man däremot finna någon ledning i bestämmelsen om att tredskodom skall grundas på kärandens framställning av omständigheterna, *såvitt svaranden erhållit del därav*.[33] Eftersom tredskodom förutsätter, att svaranden delgivits stämningen och den därvid fogade stämningsansökningen,[34] måste det nyssnämnda stadgandet tydligen bygga på den uppfattningen, att käranden vid det sammanträde inför rätten, då svaranden uteblivit, kan komma att åberopa rättsfakta, som icke innefattats i stämningsansökningen.[35] Men denna har tydligen uppfyllt kraven enligt RB 42: 4 st. 1, eftersom stämning utfärdats. De senare åberopade omständigheterna förutsättas tydligen kunna ha betydelse vid prövningen av kärandens talan, eftersom det indirekt uttalas förbud för domstolen att grunda tredskodom på dem. Det kan ej antagas, att lagen skulle vara så övertydlig, att den förbjöde domstolen att beakta betydelselösa fakta. Men om nu blott de omständigheter, som krävas enligt RB 42: 4 st. 1, utgjorde tillräcklig grund för tredskodom, skulle vad käranden därutöver önskade åberopa sakna betydelse som domsgrund.

Detta resonemang skulle väl hålla, om man bara hade att beakta situationen vid första inställelsen. Men stadgandet avser även de fall, då svaranden på ett tidigare stadium av handläggningen fört talan i målet. Därvid kan han ju ha åberopat svarsfakta.[36] I så fall kan domstolen lägga dem till grund för

[32] Jfr Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 331 III 3, där skillnad göres mellan att de åberopade fakta »schlüssig rechtfertigen» kärandens yrkande och att desamma kunna subsumeras under »die Begriffe des Gesetzes».

[33] RB 44: 8 st. 2 p. 1. Enligt ÖZPO § 399 får domstolen grunda tredskodom på nya omständigheter, vilka anföras av den tillstädeskomne parten, under förutsättning att dessa icke strida mot vad denne tidigare åberopat (se Neumann s. 1144).

[34] RB 44: 2 jämfört med RB 42: 10 och 5.

[35] Jfr PLB. s. 466.

[36] Detta behöver väl icke nödvändigtvis ha skett vid förhandling. Om förberedelsen till en början varit skriftlig, kan svaranden ha åberopat svarsfakta i sitt skriftliga svaromål.

tredskodom, även om svaranden uteblivit.[37] Det kunde då tänkas, att bestämmelsen om att kärandens nya åberopanden icke få läggas till grund för tredskodom endast toge sikte på den situationen, att käranden åberopade replikfakta, som svaranden ej känt till. Visserligen skulle inskränkningen »såvitt svaranden erhållit del av framställningen» i så fall sällan komma till användning, eftersom svaranden i åtskilliga fall skulle ha bevisbördan för svarsfakta. Om detta vore fallet och käranden ej borde enligt RB 43: 6 st. 1 erkänna, vad svaranden invänt, eller för så vitt svarandens invändning icke styrktes genom redan ingivna skriftliga bevis,[38] behövde ju käranden icke åberopa något replikfaktum. I stället kunde denne inskränka sig till att påpeka, att svaranden ej fullgjort sin bevisbörda, eller att det i vart fall ej vore uppenbart, att käromålet vore ogrundat. Och även om käranden skulle ha bevisbördan beträffande ett av honom förnekat svarsfaktum men icke ha fullgjort denna, torde domen vanligen icke böra gå honom emot enbart av denna anledning. Endast sällan kan väl svarandens blotta åberopande av ett motfaktum medföra att käromålet framstår som *uppenbart* ogrundat. Trots att satsen »*såvitt svaranden erhållit del därav*» sålunda skulle vara av begränsad betydelse, kvarstode dock otvivelaktigt ett område för dess tillämpning, vilket kunde ha gjort dess intagande i lagen motiverat.

Varken lagtext eller motiv ställa det sålunda utom varje tvivel, att ogillande tredskodom kan givas, då käranden ej fullgjort sin åberopsbörda med avseende på grunden men väl uppfyllt vad på honom ankommer enligt RB 42: 4 st. 1. Detta förefaller dock vara den tolkning av RB 44: 8, som bäst överensstämmer med uttalandena i motiven. Den ligger också närmast tills hands.[39] Varför skulle rätten kunna nöja sig med en domsgrund av mindre

[37] Se Gärde s. 640. — Hänsynstagandet synes kunna ske på två sätt. Det första är, att rätten grundar sin dom på att kärandens framställning med hänsyn till svarsfakta numera ej innefattar laga skäl för käromålet. Käranden har då underlåtit att åberopa replikfaktum, eller också kan något sådant överhuvudtaget ej åberopas gentemot svarsfaktum. Den andra, ehuru mindre sannolika möjligheten är, att domstolen konstaterar, att svarandens åberopande av svarsfaktum kommer käromålet att framstå som uppenbart ogrundat. Båda versionerna synas i regel förutsätta, att svarsfaktum är fastställt i målet. Enklast sker detta genom erkännande.

[38] Att domstolen även i tredskodomssituationer kan gå in på bevisbedömning synes vara även Ekelöfs åsikt. Se Ekelöf: Civilprocessen II s. 227.

[39] Den här förfäktade åsikten påminner i vissa avseenden om den som för tysk rätts vidkommande hävdas i Stein—Jonas—Schönke—Pohles kommentar till ZPO. Där skiljes mellan att en talan är »ordnungsmässig» jämlikt § 253 ZPO (motsvarigheten till RB 42: 2) och att den är »schlüssig», vilket krävs för tredskodom. I det första hänseendet räcker det, att »die Klage die Tatsachen insoweit angibt, als damit klargestellt wird, *aus welchem Tatsachenkomplex* der Kläger die behauptete Rechtsfolge hergeleitet ... wissen will». »Schlüssig» är en talan, när »vorbehaltlich der Einwendungen des Gegners und der Beweisfrage — der vom Kläger begehrte Ausspruch der aus dem Tatbestand herzuleitenden Rechtsfolge, gegebenenfalls auch im Wege des Versäumnisurteils ..., ergehen kann» (§ 253 III 2 b). Jfr även Rosenberg: Lehrbuch § 91 II 2 b

omfattning, då svaranden uteblivit än då han kommit tillstädes? Något sådant kunde ju tänkas fresta käranden att resonera på följande sätt: Nu åberopar jag i stämningsansökan bara så mycket, att den inte avvisas. Om svaranden uteblir, kan jag ändå få tredskodom. Och om han kommer, kan jag alltid komplettera grunden vid första inställelsen.[40] — Ett sådant tillvägagångssätt vore olämpligt med hänsyn till önskvärdheten av koncentration och snabbhet i handläggningen. Eftersom man ej bör avvisa varje stämningsansökan, där käranden åberopat en ofullständig grund, vore det lämpligt, att det funnes någon annan sanktion häremot. En sådan kunde bestå däri, att käromålet ogillades vid svarandens utevaro, då grunden vore ofullständig.[41]

Vidare är det att märka, att, om man medgiver bifallande tredskodom mot svaranden, trots att käranden icke åberopat samtliga fakta i grunden, detta innebure, att åberopsbördan med avseende på de utelämnade omständigheterna de facto komme att *överflyttas på svaranden*. Det bleve ju nämligen denne, som bleve lidande på att intet åberopande gjorts härvidlag. Men att svaranden uteblivit, kan icke motivera, att hans åberopsbörda ytterligare utökas. Det vore en underlig ordning, att svaranden hade åberopsbördan, då han uteblivit och ej kunde åberopa något, men befriades därifrån, så fort han inställde sig och hade möjlighet att åberopa. Svaranden bör kunna lita på att, om käranden utelämnat en omständighet i grunden, domstolen skall draga konsekvenserna därav, utan att svaranden behöver inställa sig. Om denne kommit tillstädes, skulle han ju strängt taget icke behöva påpeka bristen. Domstolen skulle beakta den ändå, försåvitt svaranden icke medgåve käromålet. Att tredskovis bifalla käromålet på ofullständig grund skulle tydligen innebära, att svaranden i ifrågavarande hänseende sattes i samma läge, som om han medgivit. Men uteblivandet anses ju icke vara likvärdigt med medgivande utan med erkännande.[42] Och att domstolen även i det här avsedda fallet skulle kunna tredskovis bifalla käromålet, kan jag ej finna erforderligt för att tredskodom skall utgöra en effektiv sanktion mot utevaro.

Övervägande skäl synas alltså tala för att vid tredskodom kräva, att käranden fullgjort sin åberopsbörda med avseende på grunden. Däremot synes en stämningsansökan böra avvisas i regel blott i de här tidigare angivna fyra fallen.[43] Resultatet blir alltså, att omfånget av de omständigheter, vilka kä-

och Rich. Schmidt s. 392 och 555. Däremot synes Schönke mena, att ZPO § 253 kräver angivandet av samtliga omständigheter i grunden i den mån käranden anser dem erforderliga för att grunda hans talan (se § 47 III 4 a och b). Tvärtemot ansåg Wach, att om käranden hade individualiserat sin talan enligt ZPO § 253, intet ytterligare behövde åberopas för att kunna få tredskodom (se Vorträge s. 176). Jfr även Olivecrona: Rätt och dom s. 180 f.

[40] RB 13: 3 st. 3.

[41] Jfr Rosenberg: Lehrbuch § 91 III 2 b).

[42] Se Ekelöf: Civilprocessen II s. 266 f. samt Olivecrona: Rätt och dom s. 182. Även avfattningen av RB 44: 8 giver vid handen, att svarandens uteblivande icke anses innebära ett medgivande av käromålet. Så uttryckligen ZPO § 331 st. 1.

[43] Se ovan s. 125.

randen måste åberopa för att stämning skall utfärdas, i princip icke överensstämmer med grunden för käromålet, d. v. s. de rättsfakta, för vilka käranden har åberopsbördan i första omgången,[44] d. v. s. innan svaranden avgivit svaromål.

Emellertid är därmed icke sagt, att RB 42: 2 st. 1 mom. 1 ställer mindre krav på omfånget av åberopade omständigheter än RB 17: 3 p. 2. Detta skulle nämligen förutsätta, att varje stämningsansökan, som icke uppfyllde det förstnämnda stadgandets krav, också kunde avvisas jämlikt RB 42: 4 st. 1. Visserligen har det framhållits, att RB 42: 2 får anses reglera endast det minimum, som stämningsansökan skall innehålla. Likväl kunde kravet på koncentration och snabbhet i handläggningen motivera, att käranden ibland hade att gå utöver detta minimum.[45] Denne kan ju på ett förprocessuellt stadium ha haft ingående förlikningsförhandlingar med svaranden och väl känna till dennes inställning. Det vore då motiverat, om käranden redan i stämningsansökningen åberopade de replikfakta, som svarandens svarsfakta kunde väntas föranleda.[46] Emellertid må man lägga märke till att RB 42: 3 direkt hänvisar till RB 42: 2. Och att förelägga käranden att komplettera stämningsansökningen med replikfakta är orimligt. Domstolen har ju ingen aning om vad som förelupit mellan parterna före stämningsansökans ingivande. Ej heller kan domstolen förutsätta, att svaranden kommer att åberopa svarsfakta, och därför kan käranden icke åläggas att på förhand bemöta dem. Att käranden ändå gör detta, är visserligen mången gång lämpligt, men något krav därpå kan ej uppställas.

RB 42: 2 st. 1 mom. 1 ålägger alltså käranden att åberopa blott sådana omständigheter, som ingå i grunden. Emellertid kan detta ändock vara flera omständigheter än som erfordras för att stämning skall kunna utfärdas. Man skulle ju mycket väl kunna tänka sig, att RB 42: 2 st. 1 mom. 1 uppställde krav på att hela grunden skulle angivas, medan RB 42: 4 st. 1 bleve tillämpligt endast i *vissa* fall, då käranden försummat detta. Eftersom RB 42: 3 anknyter till RB 42: 2 skulle konsekvensen av en sådan uppfattning bli, att föreläggande jämlikt det förra stadgandet icke alltid kunde sanktioneras genom avvisning. Som vi funnit, förutsätter RB 42: 4 st. 1 ej heller detta.[47] Att käranden redan i stämningsansökningen angiver grunden fullständigt är vidare angeläget både med hänsyn till koncentrationen och snabbheten i handläggningen och svarandens behov av att kunna ta ställning till käromålet och eventuellt förbereda sitt svaromål.

Att beträffande åberopandet av grunden giva RB 42: 2 st. 1 mom. 1 exakt

[44] Här bortses från alternativa grunder och alternativa moment i grunden. Kärandens åberopsbörda avser ju även sådant, vilket däremot ej RB 42: 4 st. 1 gör.
[45] Se Ekelöf: Civilprocessen II s. 158.
[46] Se Gärde s. 574.
[47] Se ovan s. 131 liksom om RB 18: 6 som sanktion.

samma omfattning som enligt RB 17: 3 p. 2 torde dock ej vara möjligt. Det förra stadgandet bör ibland anses kräva mindre. Sedan väl kravet på grundens individualisering blivit tillgodosett, bör man nämligen icke ålägga käranden att åberopa flera fakta än som *enligt hans mening* äro tillräckliga för att hans talan skall kunna bifallas. Av en kärande, som gör gällande, att svaranden står strikt ansvar för en skada, kan man ej gärna kräva, att han också skall åberopa vållande, även om det nu är så att skadeståndsansvar kan grundas endast därpå.[48]

Enligt min mening föreligger alltså en principiell skillnad mellan vad som skall åberopas enligt RB 42: 2 st. 1 mom. 1 och vad käranden enligt RB 17: 3 p. 2 har att påstå för att fullgöra sin åberopsbörda med avseende på grunden. Emellertid torde det antal fall, där denna skillnad kommer till synes i praktiken, vara ganska ringa. Frågan torde alltså ha ganska liten praktisk betydelse. Detta sammanhänger med att åberopsbördan, när det gäller grunden, har sin största betydelse vid alternativa grunder och alternativa omständigheter i en och samma grund.[49] Om RB 17: 3 p. 2 tillämpas med avseende på grunden, torde det vanligen gälla just dylika alternativa omständigheter. Käranden bör nämligen i regel ha klart för sig, att det är utsiktslöst att inleda en rättegång, om han icke åberopar en fullständig grund. Men en alternativ omständighet kan käranden, om han så vill, utelämna utan att äventyra hela käromålet. En fullständig grund finns ju då redan. Om man bortser från de alternativa fallen, torde därför skillnaden mellan omfånget av rättsfakta enligt RB 17: 3 p. 2 och RB 42: 2 st. 1 mom. 1 i regel bli aktuell blott i sådana fall, där käranden misstagit sig på vad som är tillräckligt rättsfaktum med avseende på grunden. När allt kommer omkring, kanske skillnaden får betydelse huvudsakligen blott i sådana situationer, då det kan ifrågasättas, huruvida icke såväl omständigheterna *ABC* som enbart *AB* kunna utgöra rättsfaktum.[50]

Slutligen skall jag här även något beröra innebörden av termen »*grund*». Bör man därmed beteckna de omständigheter, som enligt RB 42: 2 st. 1 mom. 1 skola upptagas i stämningsansökningen, eller dem som krävas för att kärandens åberopsbörda i första omgången skall vara fullgjord? Ekelöf har *med utgångspunkt från att åberopsbördans fördelning överensstämmer med bevisbördans* uttalat sig för det förra alternativet.[51] Nu kan det emellertid hända, att RB 42: 2 st. 1 mom. 1 kräver åberopande av färre omständigheter än som är erforderligt för att kärandens åberopsbörda skall vara fullgjord.

[48] Käranden kanske vet med sig, att han aldrig kommer att kunna styrka vållande, varför han icke vill göra något åberopande därom.
[49] Se även ovan s. 18.
[50] I exemplet med strikt ansvar och vållande kan t. ex. *A* beteckna den skadegörande handlingen, *B* skadan och *C* vållandefaktum.
[51] Se Ekelöf: Grundbegrepp s. 63.

Om man då kallar de rättsfakta, som avses i RB 42: 2 st. 1 mom. 1, för grunden, uppstår frågan, hur man skall beteckna de omständigheter, som käranden därutöver har att åberopa i första omgången enligt RB 17: 3 p. 2. Dessa äro ju varken svarsfakta eller replikfakta. Såvitt jag förstår, måste också dessa »överskjutande» fakta rimligen inräknas i grunden. Det motsatta fallet däremot, som väl närmast föranlett Ekelöfs ståndpunktstagande, nämligen att åberopsbördan omfattar färre fakta än som lämpligen böra anföras i stämningsansökan, det fallet tror jag för min del icke existerar. Om käranden nämligen angivit de omständigheter, för vilka han har åberopsbördan i första omgången, är därmed ramen för processen fastställd, hur vid den än må synas. Det är inom denna ram som svaranden har att försvara sig, och då hjälper det icke att försöka inskränka den genom att kräva en mera preciserad stämningsansökan. Svaranden kan ändå ej i motsvarande mån begränsa sitt försvar.[52] Dessutom skulle jag tro, att, om man fördelar åberopsbördan på det sätt, som i det följande rekommenderas, det även i de fall, som Ekelöf haft i tankarna, kommer att visa sig, att det inte krävs så få rättsfakta för att fullgöra åberopsbördan, att ramen för processen därigenom blir alltför vid. Resultatet blir alltså, att termen grund lämpligen bör användas som beteckning på *de rättsfakta, vilka erfordras för att käranden i första omgången skall ha fullgjort sin åberopsbörda.*[53]

Det skall emellertid medgivas, att denna terminologi, som kommit till användning i denna avhandling, icke alltid synes helt tillfredsställande. Antag nämligen, att käranden ej åberopat tillräckligt för att fylla sin åberopsbörda i första omgången, medan han däremot fullgjort vad som kräves i RB 42: 2 st. 1 mom. 1. Vad käranden åberopat, kan *i målet* knappast betecknas som annat än en grund, ehuru densamma såtillvida är ofullständig, att den icke kan tjäna som grundval för en bifallande dom. Den lämpligaste terminologien hade måhända varit att använda *två* begrepp, *dels grunden* som beteckning för vad käranden enligt nyssnämnda stadgande skall åberopa, *dels grundrekvisitet* som beteckning på vad som erfordras för att kärandens åberopsbörda i första omgången skall vara fullgjord. Denna sistnämnda term har lancerats av Olivecrona.[54] Denne låter emellertid *bevisbördans* fördelning vara avgörande för grundrekvisitets omfång, något som gjort termen mindre användbar i denna avhandling.

[52] Se även SvJT 1960 s. 399.

[53] Det förutsättes, att endast en grund är aktuell, icke alternativa sådana. Likaså får man bortse från alternativa omständigheter. Dessa böra icke anses ingå i grunden med mindre de särskilt åberopas och deras tillkomst icke inverkar på grundens identitet.

[54] Se Olivecrona: Rätt och dom s. 205.

# Kap. 7
# Åberopsbördans fördelning enligt doktrinen.

*1. Tyskland*

I det följande skola vi ägna oss åt problem angående *åberopsbördans fördelning mellan parterna.* Därvid börja vi med en genomgång av de åsikter därom, vilka framförts i den juridiska doktrinen. Särskilt kommer förhållandet mellan åberopsbördans och bevisbördans fördelning att uppmärksammas.

Den härskande åsikten angående åberopsbördans fördelning har nämligen, särskilt i tysk doktrin, länge varit, att åberopsbördan beträffande ett rättsfaktum åvilar den part, som har bevisbördan för detsamma.[1] Sålunda anför ROSENBERG: »Die Behauptungslast deckt sich *grundsätzlich* . . . nach Gegenstand und Umfang mit der Beweislast».[2] Liknande uttalanden förekomma hos åtskilliga andra författare,[3] även om gensagor tidigare icke saknats.[4]

Hur kan det då komma sig, att samstämmigheten mellan olika författare just på denna punkt är så stor? Även flera av dem som kritiserat den berörda regeln synas acceptera densamma som huvudprincip, sedan de väl frånskilt vissa undantagsfall. Man kunde ju tycka, att åberopsbörda och bevisbörda icke nödvändigtvis behövde vara uttryck för en och samma funktion. Att en part förlorar målet, om han underlåtit att åberopa en omständighet, kunde väl vara en konsekvens av andra överväganden än dem som motivera, att domen går honom emot, såvida omständigheten förblir obevisad.[5] Såsom OLIVECRONA framhållit, är syftet med bevisbördereglerna, att dessa skola bidraga till förverkligandet av de handlingsvanor, som de civilrättsliga reglerna framställa som normerande.[6] Det visar sig emellertid,

[1] Se ROSENBERG: Beweislast s. 50. ROSENBERG gör dock flera undantag, se nedan s. 153.
[2] ROSENBERG: Lehrbuch § 114 II 1 (kurs. här).
[3] Se WINDSCHEID s. 676, UNGER II s. 562 ff., BECKH s. 8 f., BETZINGER s. 49, DÄNZER s. 126, SPERL s. 393, HEDEMANN s. 293 f., KRESS s. 122, LEONHARD s. 195, STEIN: Grundriss § 58 I, HELLWIG: System I s. 472, PLANCK II s. 171 f., SEUFFERT—WALSMANN § 283, LENT: Zivilprozessrecht s. 120 f., SAUER s. 190, STEIN—JONAS—SCHÖNKE—POHLE § 282 IV 1, MOREL nr 469, MOTULSKY s. 131, PRIETO CASTRO s. 313 f., TRYGGER: Bevisskyldigheten s. 337, OLIVECRONA i SvJT 1944 s. 738, EKELÖF: Grundbegrepp s. 62 f.
[4] Se GERBER s. 26—29, FITTING s. 8, WACH: Beweislast s. 387 f., WEISMANN s. 127, KLEINFELLER s. 342 f., GOLDSCHMIDT: Zivilprozessrecht s. 129, GULDENER s. 21, TYBJERG s. 53, O. AUGDAHL s. 43, KALLENBERG II s. 702, ALEXANDERSON s. 34 ff., BOLDING: Bevisbördan s. 112 och Försäkringsfallet s. 21 samt EKELÖF: Rättegång IV s. 74 f.
[5] Jfr BOLDING: Bevisbördan s. 113.
[6] Se OLIVECRONA: Bevisskyldigheten s. 160 f. Instämmande EKELÖF: Bevisvärde s. 14 f. samt Rättegång IV s. 92 f.

att det från civilrättslig synpunkt ej heller är oväsentligt, huru åberopsbördan placeras. Sålunda kan en viss placering medföra en avsevärd förstärkning av t. ex. skadeståndsansvar i förhållande till vad som skulle ha blivit fallet, därest åberopsbördan placerats på motsatt sätt.[7] Men denna civilrättsliga funktion framstår icke, när det gäller åberopsbördan, som dess främsta uppgift. Denna är framför allt av processuell natur. Härvidlag får jag hänvisa till den tidigare framställningen.[8]

Sålunda äro skälen för åberopsbördans placering esomoftast andra än de som i motsvarande fall motivera bevisbördans placering. Likväl kunde det ju hända, att just den omständigheten, att en part hade bevisbördan för ett rättsfaktum, borde medföra, att även åberopsbördan ålades honom. Åberopsbördan skulle då alltjämt placeras efter processuella lämplighetsskäl, men ett sådant kunde just utgöras av att samma part borde ha såväl åberops- som bevisbörda.

Såvitt jag kan förstå, är emellertid de kontinentala rättslärdas enighet på denna punkt beroende av deras teorier om bevisbördans fördelning. Särskilt påfallande är detta hos vissa äldre författare, vilka motivera samordningen av åberopsbörda och bevisbörda med att fördelningen av bevisskyldigheten är helt avhängig av åberopsbördans. Sålunda uttalar Windscheid:

»Das Prinzip der Beweislast ist ein sehr einfaches: beweisen muss, wer behauptet, nicht wer bestreitet. ... Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muss, um zum Siege zu gelangen. Was man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast.»[9]

Även Unger uttrycker sig mycket klart i samma riktning, när han framställer följande huvudprincip för bevisbördans fördelning:

»Jede Partei hat die ungewissen Thatsachen zu beweisen, welche das nothwendige Fundament ihres prozessualischen Angriffs oder Gegenangriffs bilden.»[10]

Och denne författare fortsätter:

»Dieses Prinzip ... ist zunächst nur ein formales: seinen realen Inhalt erhält es erst durch die Beantwortung der Frage, welche Thatsachen in concreto zur Substantiirung des betreffenden Angriffs oder Gegenangriffs gehören, also welche Thatsachen das Fundament *dieser* Klage, welche Umstände das Fundament *dieser* Einrede ausmachen. Die Frage, *wer* zu beweisen habe, löst sich daher in die Frage auf, *was* zu beweisen sei: die Beantwortung dieser Frage aber richtet sich nach der Beantwortung der Frage, was zu *behaupten*

[7] Se SvJT 1960 s. 403.
[8] Se ovan s. 19 ff.
[9] Windscheid s. 675 f. not 4. Häremot Tybjerg s. 48 ff. Jfr även Korsch s. 52.
[10] Unger II s. 557. Unger räknar dock med vissa undantag (se a. a. s. 566).

*sei:* die Thatsachen, welche eine Partei *behaupten* (anführen) muss, um ihren Anspruch zu substantiiren, muss sie erforderlichenfalls auch *beweisen.*»[11]

Reinhold citerar med gillande Windscheids och Ungers teser men har en avvikande motivering:

»Die Beweisverbindlichkeit richtet sich nach der Anführungsverbindlichkeit, sie ist eine Folge derselben, ja, es handelt sich im Grunde nur um eine Verbindlichkeit, die sich in zwei verschiedenen Richtungen äussert, indem sie zunächst auf das Anführen einer bestimmten Thatsache und, falls die angeführte Thatsache beweisbedürftig ist, auch auf den Beweis derselben gerichtet ist.»[12]

Och varför förhåller det sig nu på detta sätt? Om jag fattat Reinhold rätt, resonerar han på följande vis. Den fråga, som det gäller att avgöra i målet, är huruvida det mellan parterna består ett rättsförhållande, som motiverar kärandens yrkande. Ett rättsförhållande skall nu förutsätta dels existensen av rättsgrundande fakta, dels frånvaron av rättshindrande och rättsupplösande fakta. Käranden, som vill övertyga domstolen om sin rätt, borde därför strängt taget påstå och bevisa såväl att de rättsgrundande omständigheterna föreligga som att rättshindrande och rättsupplösande fakta saknas. På grund av principen »quod non est in actis, non est in mundo», som enligt Reinhold är en konsekvens av parternas dispositionsrätt »in etwas schroffer Form»,[13] är det emellertid onödigt, att käranden påstår och bevisar annat än de rättsgrundande fakta.[14] De rättshindrande och rättsupplösande omständigheterna skulle det ankomma på svaranden att införa i processen och styrka, eftersom detta låge i hans intresse. Dessa omständigheter vore fördelaktiga för svaranden.[15] Om denne ej åberopat någon sådan eller ej kunnat bevisa en åberopad, betraktade domstolen dem såsom obefintliga.[16]

En närmare prövning av innebörden i Reinholds tankegång synes resultera i följande skäl för hans åsikt: Då parterna kunna disponera över den omtvistade rättigheten, kan var och en av dem också avstå från att tillmäta sådana fakta rättslig betydelse, vilka äro till hans förmån.[17] Dessa skulle för den berättigade vara de rättsgrundande och för den förpliktade de rättshindrande och rättsupplösande fakta. I befogenheten att disponera över omständigheternas rättsliga betydelse ingår att efter behag åberopa dem i pro-

[11] Unger II s. 562 ff., varemot Tybjerg a. st.
[12] Reinhold s. 21. Jfr Tybjerg s. 54 f. och Kallenberg: Erkännande s. 6 f.
[13] Reinhold s. 17 ff. Jfr härtill Tybjerg och Kallenberg a. st.
[14] Reinhold s. 30 och 33.
[15] A. a. s. 13.
[16] A. a. s. 30.
[17] A. a. s. 17 jämfört med s. 20. Jfr Kallenberg a. a. s. 7.

cess. Om ett faktum icke åberopats, skall nackdelen därav alltså bäras av den som ägt disponera över åberopandet.

Detta kunde nu tyckas vara ett cirkelresonemang. Vad för det första angår omständigheternas förmånlighet för part, kan härom sägas, att, om faktum *A* är förmånligt för käranden, faktum *icke-A* är förmånligt för svaranden. Enbart av detta kan alltså icke härledas någon princip för hur omständigheterna skola åberopas.[18] Och för det andra: om en part kan disponera över den rättsliga betydelsen av faktum *A*, borde motparten kunna disponera över betydelsen av *icke-A*.[19]

Till grund för Reinholds system ligger emellertid indelningen i rättsgrundande, rättshindrande och rättsupplösande omständigheter. Reinhold utgår givetvis från att de rättsgrundande äro till förmån för den berättigade och de rättsupplösande till förmån för den förpliktade.[20] I själva verket krävas alltså *två* rekvisit. Det är ej korrekt att säga, att enligt Reinhold käranden har åberops- och bevisbördan för de omständigheter, som äro till hans förmån. Dessa måste nämligen dessutom vara rättsgrundande. På samma sätt förhåller det sig med de rättsupplösande fakta. Men när man kommer till de rättshindrande, spricker hela systemet. Sådana omständigheter kunna nämligen icke urskiljas som en särskild grupp.[21] Lika väl som omyndighet kan sägas vara rättshindrande, kan myndighet betecknas som en rättsgrundande omständighet. Men i så fall har man ingenting att anknyta förmånligheten till, och ensam kan denna omöjligen tjäna som fördelningsgrund. Visserligen kunde man vända på de rättshindrande omständigheterna, ta fasta på deras motsatser och kalla dessa rättsgrundande och förmånliga för käranden. Men därmed skulle denne få en alltför stor bevisbörda.[22]

[18] Jfr beträffande bevisbördan Ekelöf: Rättegång IV s. 90.

[19] Exempel: En säljare yrkar köpeskillingens utfående av köparen. Den senare kan då efter gottfinnande åberopa eller icke åberopa fel i godset. I så måtto kan köparen sägas disponera över den juridiska betydelsen av fel. Men om köparen beslutar sig för att åberopa, har även säljaren en liknande dispositionsmöjlighet. Denne kan sålunda säga sig: »Jag vet, att godset inte var felaktigt. Emellertid avstår jag från att tillmäta detta någon betydelse. I stället erkänner jag felet men åberopar, att köparen ej reklamerat i tid. Det är nämligen uppenbart att så ej skett.» Se vidare nedan s. 197.

[20] Se Reinhold s. 2. Jfr även följande uttalande av Reinhold (s. 13, kurs. här): »Der Erklärungsgrund kann vielmehr *nur* darin gefunden werden, dass die Verhandlungsmaxime das onus probandi möglichst gleichmässig unter die Parteien vertheilt, indem sie von jeder Partei verlangt, dass sie die ihr *vortheilhaften* Thatsachen, also der Kläger die rechtserzeugenden, der Beklagte dagegen die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen beweise.» Med »Verhandlungsmaxime» synes Reinhold åtminstone i allmänhet avse vad som i denna avhandling kallas dispositionsprincipen (se a. a. s. 14 ff.).

[21] Detta är ofta påvisat. Se t. ex. Wach: Beweislast s. 363 (ond tro), Leonhard s. 3 f., Kallenberg II s. 710 ff., Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 70 och Ekelöf: Rättegång IV s. 90. Se även nedan s. 206 f.

[22] Reinhold kritiseras av Kallenberg (Erkännande s. 8 ff.), Olivecrona (a. a. s. 40 f. och s. 67 not 3) samt Rosenberg (Beweislast s. 93). Den sistnämnde framhåller, att

Liknande åsikter återfinnas även hos tidigare författare. Sålunda framhåller Gönner:

»Wer immer ein Recht in Anspruch nimmt, welches nur unter Voraussetzung eines faktischen Umstandes vom Richter anerkannt werden kann, der muss alle nachtheilige Folgen tragen, wenn die Bedingungen, unter welchen allein sein Recht realisirt werden kann, nicht erfüllt werden. Widerspricht also ein streitender Theil demjenigen, was sein Gegner an Thatumständen vorbrachte, so muss dieser dem Richter Gründe vorlegen, nach welchen er den Umstand, von dessen Wahrheit sein Recht abhängt, für wahr annehmen kann, das heisst, er muss beweisen ... Will man nur das faktische Vorbringen eines streitenden Theils Behauptung *(affirmatio, assertio)* nennen, so steht die Regel aufrecht, dass jeder Theil seine Behauptungen, von welchen die Anerkennung seines Rechts abhängt, beweisen müsse, wenn ihm nicht eine rechtliche Vermuthung zur Seite steht.»[23]

Weber kommer emellertid med en precisering av denna sats, när han som den allmänna principen för bevisbördans fördelning framhåller:

»Wer ein Recht *oder eine Befreiung von Rechten* oder Anmassungen Anderer ganz oder zum Theil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen sucht, ist schuldig, die noch ungewissen Thatsachen, deren Wahrheit das Recht *oder die Befreiung* als nothwendig voraussetzt, zu beweisen.»[24]

Grundtanken hos båda är således, att den berättigade skall styrka de omständigheter, vilka utgöra förutsättningen för hans rättighet. Weber anser detta framgå av allmänna rättsgrundsatser. Denne framhåller därjämte, att den som gjorde gällande »besondere Ursachen ihrer (rättighetens) Aufhebung, Unwirksamkeit oder Einschränkung» hade att styrka dessa orsaker.[25] Nu kunde man tro, att Weber också skulle mena, att förutsättningarna för rättigheten respektive befrielsen först och främst måste åberopas eller i vart fall införas av part.[26] Men detta synes icke vara hans åsikt. Väl finge domaren icke lägga sådana omständigheter till grund för domen, vilka *icke återfunnes i handlingarna* i målet. Men vore de upptagna i dessa, erfordrades icke att de särskilt åberopats av part, ja synbarligen icke ens att de omnämnts.[27] Om någon åberopsbörda i denna mening synes

Reinholds princip enligt sin ordalydelse icke giver någon ledning vid bevisbördefördelningen i indispositiva mål.

[23] Gönner II s. 267 f.

[24] Weber s. 111 (kurs. här). — Vi erinra om att icke alla invändningar från svaranden anses grunda sig på en »Einrederecht». Se ovan s. 108 f. och nedan s. 145 not 41.

[25] A. st., se även s. 117. Jfr Olivecrona a. a. s. 51 ff.

[26] Jfr Weber s. 112. — Vi erinra om att ett uttryckligt åberopande i regel ej anses erforderligt enligt tysk rätt. Se härom ovan s. 11. Men införandet skall ha gjorts av part. Enligt Stein (Pr. Wissen s. 89) skulle enighet råda om att ett rättsfaktum, som införts genom bevisningen, icke finge läggas till grund för domen. Till detta resultat kommer även Schönke (s. 25), Rosenberg (Lehrbuch § 63 II 1) och Meyer (s. 255).

[27] A. a. s. 28, jfr s. 218 f. — Heffter, som utgivit andra upplagan av Webers avhandling, anmäler betänkligheter på denna punkt (a. a. s. 29).

man därför icke kunna tala enligt Weber, utan snarare om något liknande det som i denna avhandling benämnts informationsbörda.[28] Däremot är det intressant att konstatera, huru hårt Weber håller på regeln om att käranden skulle bevisa grunden, svaranden sina »Einreden» o. s. v. Som exempel härpå kan nämnas det fallet, att käranden yrkade fullgörelse på grund av ett avtal, varemot svaranden invände, att käranden själv ej fullgjort den prestation, som vore ett villkor för att svarandens skyldighet skolat inträda. Inom dåtida tysk doktrin rådde enighet om att käranden hade bevisbördan för sin prestation. Weber accepterar också detta men gör gällande, att kärandens fullgörelse hörde till grunden för käromålet.[29] Däremot skulle till grunden icke höra »die *allgemeinen* Bedingungen aller Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt» liksom ej heller frånvaron av rättshindrande fakta.[30] Dessa uttalanden kritiserades redan av Bethmann-Hollweg, till vilken vi strax skola återkomma.

Dessförinnan skola några uttalanden av Gerber beröras, eftersom denne därutinnan synes överensstämma med Weber, att han utgår från att käranden i princip skall styrka de faktiska förutsättningarna för sin rättighet.[31] Men detta finner Gerber strängt taget innebära, att käranden borde styrka icke blott alla rättsgrundande fakta utan även frånvaron av samtliga tänkbara rättshindrande och rättsupplösande fakta. Att pålägga käranden en så stor bevisbörda skulle emellertid strida mot allt förnuft och innebära, att varje försök att genom process realisera en rättighet vore fåfängt.[32] Gerber avvisar också som godtyckligt det vanliga sättet att undgå ett krav på så stor bevisbörda, nämligen att uppställa presumtioner om att inga särskilda omständigheter hindrat rättighetens uppkomst samt att rättigheten, sedan den en gång uppkommit, alltjämt bestode.[33] Gerber löser i stället problemet genom att räkna både med en materiell och en processuell »Klagegrund». Den förra innefattade samtliga betingelser för rättighetens existens, således även frånvaron av rättshindrande och rättsupplösande fakta. En processuell »Klagegrund» bestode däremot blott av de rättsgrun-

[28] Se ovan s. 69.

[29] A. a. s. 184.

[30] A. a. s. 168. — Weber är den förste som inom bevisbördeläran skilt mellan allmänna och speciella förutsättningar för en rättighets uppkomst (se Olivecrona a. a. s. 53). Därmed har han blivit upphovsmannen till den bevisbördelära, som i tysk rätt benämnts »Spezialtheorie» (se Leonhard s. 79). Denna går ut på en »Tatbestandsteilung», d. v. s. man söker draga upp en generell gräns inom främst gruppen rättsgrundande fakta, så att käranden får bevisbördan för blott en del av dessa, i det här avsedda fallet alltså de speciella förutsättningarna för rättighetens uppkomst, de »i egentlig mening rättsgrundande» fakta (se Leonhard s. 53 och 78 f.). Före Weber hade någon sådan generell gränsdragning ej gjorts, utan man hade inskränkt sig till att befria käranden från bevisbördan för vissa närmare angivna bevistemata (a. a. s. 53).

[31] Se Gerber s. 8.

[32] A. a. s. 12.

[33] A. a. s. 14.

dande omständigheter, för vilka käranden hade bevisbördan.[34] Rättshindrande och rättsupplösande fakta ålåge det svaranden att styrka.[35]

Vid bestämmandet av den processuella grunden bemödar sig GERBER särskilt om att därifrån skilja ut vissa negativa moment. Sålunda söker han visa, hurusom det vid t. ex. skadestånd på grund av utebliven prestation icke inginge i grunden, att gäldenären ej presterat. [36] Grunden vore blott avtalet. Denna konstruktion föranledes synbarligen av GERBERS teser om att bevisbördan för prestation alltid skulle åvila den därtill förpliktade[37] samt att käranden hade bevisbördan för grunden. Om nu den uteblivna prestationen utgjorde ett moment i grunden, skulle principerna skära sig.

Men hur förhåller det sig då med åberopandena enligt GERBER? Denne räknar tydligen med en åberopsbörda.[38] Vad käranden hade att åberopa till grund för sin talan överensstämde emellertid ej med hans processuella »Klagegrund». I så fall skulle han nämligen i det nyssnämnda exemplet med skadestånd vid utebliven prestation ej heller behöva åberopa mera än avtalet. Men domaren måste få en förnuftig motivering för att käranden vände sig till honom. Och känslan för tydlighet och ändamålsenlighet krävde, att kärandens anföranden hade en viss logisk form.[39] Dessa överväganden föranleda GERBER att såsom en av de första antaga en skillnad i omfånget mellan åberopsbördan å ena sidan och bevisbördan å den andra.[40]

BETHMANN-HOLLWEG framhåller, att vad käranden egentligen skulle bevisa vore dennes rättighet. Likaså skulle svaranden styrka sina »Einrederechte».[41] Att direkt bevisa en rättighet vore dock omöjligt. Endast indirekt bevisning kunde komma ifråga.[42] Vad en part i praktiken hade att styrka vore därför de faktiska förutsättningarna för rättigheten.[43] Men grundtanken om att det vore rättigheten som skulle bevisas hade en konsekvens, när det gällde att bestämma bevisbördans fördelning. Härvid faller BETHMANN-HOLLWEG tillbaka på den gamla principen *affirmanti incumbit probatio, non neganti.*[44] Vid tillämpningen av denna princip skulle man ej fästa avseende vid vilken part som åberopat eller förnekat *en viss omständighet.*[45] Det

[34] A. a. s. 25.
[35] A. a. s. 29 f.
[36] A. a. s. 96 f.
[37] A. a. s. 55.
[38] A. a. s. 26 och exemplet s. 13.
[39] A. a. s. 27.
[40] A. a. s. 26—29.
[41] BETHMANN-HOLLWEG s. 338 f. — BETHMANN-HOLLWEG reagerar mot det »nymodiga» bruket att kalla varjehanda invändningar från svaranden för »Einreden» och menar, att denna term rätteligen borde inskränkas till att avse blott sådana invändningar, vilka grundade sig på en »Einrederecht» (a. a. s. 334).
[42] A. a. s. 345 f. Jfr PLANCK II s. 171.
[43] BETHMANN-HOLLWEG s. 344 f. Liknande PLANCK a. st.
[44] Härom se EKELÖF: Rättegång IV s. 89 f.
[45] BETHMANN-HOLLWEG s. 338 f.

väsentliga vore vem som åberopat *rättigheten*.[46] Denne hade då bevisbördan för rättighetens förutsättningar, bland vilka mycket väl kunde ingå negativa omständigheter.[47]

Grunden för tillämpningen av satsen *affirmanti, non neganti incumbit probatio* ser Bethmann-Hollweg i sakens natur.[48] Den som påstode något, t. ex. en historisk tilldragelse eller ett fenomen i naturen, hade, om detta förnekades, att bevisa sitt påstående för att bli trodd. Den som blott förnekade kunde förhålla sig passiv; det vore ju den förre som ville övertyga. På samma sätt kunde den som ville, att domaren skulle fastställa hans rättighet, icke begära att bli trodd med mindre han styrkte rättigheten.[49]

Innan Bethmann-Hollweg går in på den närmare utformningen av sin fördelningsprincip, kritiserar han Webers åsikt om att käranden hade att bevisa grunden, svaranden sina »Einreden» o. s. v.[50] Bethmann-Hollweg framhåller, att avgörande för huruvida ett åberopande enligt Weber skulle betecknas som »Einrede» syntes vara just att svaranden hade bevisbördan därvidlag, försåvitt det icke vore fråga om en »Einrede», som grundade sig på en »Einrederecht».[51] I åtskilliga fall gåve därför Webers princip ingen ledning vid bestämmandet av bevisbördans fördelning.[52] Enligt Bethmann-Hollweg skulle käranden i stället bevisa sin rätt genom att styrka de rättsgrundande omständigheterna.[53] Att rättigheten alltjämt bestode vore omöjligt att bevisa. Detta måste därför presumeras.[54] Om svaranden påstode, att rättigheten upphört, ålåge det honom att bryta nyssnämnda presumtion genom att styrka någon rättsupplösande omständighet.[55] Till de rättsgrundande fakta, för vilka käranden hade bevisbördan, hörde emellertid blott rättighetens »eigenthümliche, unmittelbare, wesentliche Bedingungen», däremot icke de allmänna förutsättningarna för rättigheters uppkomst. Ville svaranden åberopa, att det bruste med avseende på någon sådan allmän förutsättning, hade denne även bevisbördan därför.[56] Motiveringen är följande: De speciella förutsättningarna för en rättighets uppkomst framginge

[46] Därmed söker Bethmann-Hollweg kringgå svårigheten med att två varandra motstridande påståenden båda kunna formuleras som positiva åberopanden, t. ex. å ena sidan ett påstående om att vara vid sina sinnens fulla bruk och å andra sidan ett påstående om sinnessjukdom.

[47] A. a. s. 340.

[48] A. a. s. 319 och 337; se även Olivecrona a. a. s. 54 f. samt Fitting s. 4 ff.

[49] Bethmann-Hollweg s. 337 f.

[50] Se ovan s. 143 f.

[51] A. a. s. 333 f.; se även s. 348 f. och 350.

[52] Se även Olivecrona a. a. s. 54.

[53] Bethmann-Hollweg s. 346.

[54] A. a. s. 347. Se även Olivecrona s. 55 f. samt Fitting s. 6.

[55] Bethmann-Hollweg s. 348.

[56] A. a. s. 349 ff. — I stort sett kommer alltså Bethmann-Hollweg till samma resultat som Weber, ehuru med annan motivering, jfr a. a. s. 367, Leonhard s. 79 och Olivecrona a. a. s. 57.

av just denna rättighets begrepp. Att så vore fallet innebure, att dessa förutsättningar tänkts i regel giva upphov till rättigheten. De allmänna förutsättningarna för rättigheters uppkomst framginge däremot ej direkt av en viss rättighets begrepp. Regeln om att en rättighet uppkommit, försåvitt de speciella förutsättningarna inträffat, finge därför anses gälla, så länge något undantag icke styrktes. Och den som påstode ett undantag från en regel, hade också bevisbördan därvidlag.[57]

Enligt sin formulering synes regeln *affirmanti incumbit probatio* innehålla, att en eventuell åberopsbördas placering bör överensstämma med bevisbördan.[57a] Om någon åberopsbörda uttalar sig Bethmann-Hollweg icke. Men när han anför, att domaren måste ha bibringats en positiv övertygelse om existensen av de speciella rättighetsförutsättningarna för att kunna fastställa kärandens rättighet,[58] borde väl detta anses inbegripa, att, om en sådan omständighet ej ens gjorts gällande, käromålet borde ogillas. Det förefaller mest troligt, att, i den mån man enligt Bethmann-Hollweg kan räkna med en åberopsbörda, denna i huvudsak skulle fördelas på samma sätt som bevisbördan.

J. W. Planck ser grunden till bevisbördans fördelning i rättegångsordningens bevissystem. Att båda parterna kunde förebringa bevisning skulle tydligen kräva en fördelning även av bevisbördan.[59] Men därmed är ingenting utsagt om hur fördelningen bör göras.[60] Härom uttalar sig Planck i ordalag, som påminna om Bethmann-Hollwegs:

»Von der Beweislast betroffen, beweispflichtig an erster Stelle ist also, wie in jedem Streit, wo die Entscheidung durch Beibringung von Ueberzeugungsgründen herbeigeführt wird, so auch im heutigen Rechtsstreit der Behauptende, das heisst der, welcher für die Erreichung der von ihm verfolgten Zwecke der Anerkennung der Richtigkeit seiner Aufstellung bedarf, nicht der Verneinende, das heisst der, welcher seinen Zweck schon erreicht, falls die jenseitige Aufstellung ungewiss bleibt. — — — Kurz: jede Partei hat das bestrittene Dasein des von ihr behaupteten Rechts, dessen Anerkennung im Urtheil sie vom Richter nach Lage des Prozesses begehrt, zu beweisen.»[61]

»Ihrer Beweislast genügt daher die Partei dadurch, dass sie zunächst Thatsachen *behauptet,* aus denen das Dasein ihres behaupteten Rechts zu schliessen ist, und demnächst *diese ihre thatsächlichen Behauptungen beweist.*»[62]

Liksom hos Bethmann-Hollweg är grundtanken, att käranden skall

[57] Bethmann-Hollweg s. 350 ff.

[57a] Såsom Korsch (s. 52 f.) framhåller, kan bevisbördans fördelning icke gärna vara beroende av vilkendera parten som händelsevis åberopat en omständighet utan av vilken som *skall* åberopa denna.

[58] Bethmann-Hollweg s. 366.

[59] Planck II s. 168 ff.

[60] Se Rosenberg: Beweislast s. 96 f.

[61] Planck II s. 170 f.

[62] A. a. s. 171 (kurs här), jfr även s. 20. Jfr Schühly s. 5.

styrka sin rätt och svaranden sina moträttigheter.[63] Även PLANCK menade det vara en rättighet, som käranden gjorde gällande i processen, och som han önskade få fastställd genom domen.[64] Men domaren måste övertygas om rättighetens existens. Härvidlag räckte det emellertid, att käranden påstode och bevisade »die regelmässigen Entstehungsthatsachen ihres Rechts».[65] Rättshindrande och rättsupplösande omständigheter tillkomme svaranden att åberopa och bevisa. Och varför det? Jo, svarar PLANCK, om de rättsgrundande fakta väl styrkts, vore rättighetens icke-existens »zwar noch denkbar aber unverständig».[66] Och krav på starkare bevisning uppställdes i regel ej heller i övrigt i rättegången.[67] Det finge därför anses styrkt, att rättigheten uppkommit. Och om så vore fallet, bure den i sig »die Fähigkeit der Dauer».[68] Därför vore domaren berättigad och förpliktad att »nach allgemeiner Lebenserfahrung» antaga rättighetens fortbestånd.[69]

Det är fullt klart, att PLANCK räknar med en åberopsbörda.[70] Av hans uttryckssätt synes också framgå, att åberopsbördans fördelning förutsättes sammanfalla med bevisbördans.[71] Att PLANCK kommit till detta resultat är begripligt. Mot bakgrunden av den sedan sekler erkända principen *affirmanti incumbit probatio,* vilken PLANCK också anför,[72] måste det ha tett sig fullkomligt naturligt, att en part skulle bevisa sina påståenden, och att motparten icke behövde vederlägga ett sådant.[73] Vidare synas redan beteckningarna rättsgrundande, rättshindrande och rättsupplösande fakta utgöra en sorts fingervisning om den rimliga fördelningen av åberopsbörda och bevisbörda. Men svårigheten ligger i att avgöra, till vilken av de tre grupperna ett visst rättsfaktum hör.[74] Lösningen på detta problem kunde man enligt

[63] A a. s. 171. Liknande WETZELL s. 143 ff. Se även OLIVECRONA a. a. s. 51 ff. — Om innebörden av begreppet »Einrede» hos PLANCK se PLANCK II s. 54 f.
[64] A. a. s. 5.
[65] A. a. s. 171 och 29 f. Jfr WETZELL s. 144: »Thatsachen . . ., welche *an sich* geeignet sind, das von ihm (käranden) behauptete Recht als in seiner Person entstanden und zugleich als durch den Verklagten verletzt erscheinen zu lassen.»
[66] A. a. s. 171.
[67] A. a. s. 164 f.
[68] A. a. s. 29. Så även TRYGGER: Bevisskyldigheten s. 333.
[69] PLANCK II s. 29 f. jämfört med s. 171 f.
[70] Se särskilt PLANCK I s. 436 f. Se även a. a. s. 280 f., 291 och 403 jämfört med s. 399. I överensstämmelse med härskande tysk doktrin kräver PLANCK varken ett uttryckligt åberopande eller att åberopandet skall ha framställts av just den part, som därvidlag har åberopsbördan (a. a. s. 437). Redan PLANCK anför som argument för en åberopsbörda, att »das Gegentheil wäre Verletzung des dem Angegriffenen gebührenden Rechts auf rechtliches Gehör, da er bis dahin (före åberopandet) keine Veranlassung hatt(e), die ihm zu Gebote stehende Vertheidigung . . . vorzubringen . . .» (s. 437). Se även s. 438 med not 31 angående indispositiva moment.
(s. 437). Se även s. 438 med not 31 angående indispositiva moment.
[71] Se PLANCK I s. 403 ff. samt II s. 28 ff. och 170 ff.
[72] PLANCK II s. 171.
[73] Jfr WETZELL s. 143.
[74] Jfr KALLENBERG: Erkännande s. 15 ff.

Planck finna i den materiella rätten.[75] Detta visar sig dock vara en illusion. Som tidigare berörts, innehåller nämligen den materiella rätten ingen princip, enligt vilken det skulle vara möjligt att skilja mellan rättsgrundande och rättshindrande fakta.[76]

Liksom Planck håller Fitting före, att domaren fastställde rättighetens existens genom en slutledning. Enligt den äldre läran blev emellertid resultatet av den lyckade bevisningen, att den omtvistade rättigheten själv framstod som bevisad, om ock på indirekt väg. Fittings åsikt är däremot den, att en sådan bevisning endast kunde fastställa fakta, vilka blott utgjorde en del av underlaget för slutledningen om rättighetens bestånd.[77] Därtill komme rättssatserna, som endast i undantagsfall tarvade bevisning. Emellertid synes meningsmotsättningen mellan Planck och Fitting i detta avseende vara skenbar.[78] Den senare har närmast delat upp den gamla teorien i flera, från varandra klart skilda moment. Emellertid går Fitting längre än vad den nyss refererade meningsmotsättningen antyder. Fitting framhåller, att det, när man talade om rättigheters uppkomst, existens och upphörande, egentligen blott vore fråga om ett bildspråk, och att »bei der praktischen Anwendung des Rechtes schliesslich nicht mit jenen Rechtsgebilden, sondern mit den Rechtssätzen zu rechnen ist».[79]

Fitting lägger alltså avgörande vikt vid det rättsliga normsystemet.[80] Detta gör, att han vid sidan av satsen *affirmanti, non neganti incumbit probatio* uppställer följande princip för bevisbördans fördelning:

»Wer ein Interesse daran hat, dass im gegebenen Fall die Wirkung bezw. Gegenwirkung einer Rechtsvorschrift als eingetreten anerkannt werde, muss die thatsächlichen Voraussetzungen derselben nöthigenfalls beweisen.»[81]

Därmed är man framme vid den bevisbördeteori, som kommit att samla så många framstående anhängare, och som på svenska formulerats så, att vardera parten skall styrka förutsättningarna för tillämpligheten av varje rättssats, som han åberopar till sin förmån.[82] Med den nya motiveringen följde emellertid icke några mera väsentliga skillnader i den praktiska tillämpningen.

[75] Se Planck II s. 173 och 30.
[76] Se ovan s. 142.
[77] Se Fitting s. 15.
[78] Jfr Olivecrona a. a. s. 96 not. 1.
[79] Fitting s. 44 f. Härtill Olivecrona a. a. s. 96 f.
[80] Se härom Olivecrona a. a. s. 93 ff. och 104 f.
[81] Fitting s. 60. Mestadels skulle båda principerna enligt Fitting leda till samma resultat. Om så undantagsvis ej bleve fallet, borde den nu citerade principen tillämpas (a. st.).
[82] Se Olivecrona a. a. s. 93. — Anhängarna av denna teori ha ofta starkt divergerande åsikter beträffande olika grupper av bevistemata, avgränsningen av rättsgrundande fakta m. m.

Härvid resonerade man nämligen på följande sätt: Utgångspunkten är alltså den, att vardera parten har bevisbördan för de rättsfakta, som utgöra förutsättningar för tillämpningen av den för parten förmånliga rättssatsen. Fastställdes icke dessa omständigheter i processen, kunde nämligen rättssatsen icke komma till användning.[83] Efter orden skulle detta tydligen innebära en enorm bevisskyldighet för käranden. Emellertid indelar FITTING rättssatserna i huvudregler och undantagsregler (motverkande regler),[84] senare mera träffande kallade grundnormer och motnormer.[85] Käranden hade i första hand intresse av att den grundnorm tillämpades, vartill hans yrkande i rättegången anknöte. Förutsättningarna för tillämpligheten av denna norm utgjordes först och främst av ett komplex rättsgrundande fakta. Dessa omfattades därför av kärandens bevisskyldighet.[86] Om svaranden ej ville inskränka sig till att förneka grunden eller göra rättsinvändning, låge det i dennes intresse att åberopa en motverkande norm. Förutsättningarna för tillämpningen av en sådan vore rättshindrande eller rättsupplösande fakta. Bevisbördan för dessa fölle alltså på svaranden.[87] Om något sådant faktum icke åberopats i målet,[88] vore det strängt taget alltjämt en förutsättning för bifall till käromålet, att rättigheten alltjämt ägde bestånd. Detta hinder undanröjdes dock genom en princip om att fortbestånd icke behövde bevisas.[89]

Om nu en kärande har att övertyga domstolen om tillämpligheten av en viss grundnorm och därför har bevisbördan för rättsgrundande fakta, är det tydligt, att käranden först och främst måste åberopa dessa.[90] Om han ej gör det, brister det ju redan där i förutsättningarna för normens tillämp-

[83] Se FITTING s. 41.

[84] A. a. s. 40 f. Jfr KALLENBERG: Erkännande s. 24 ff.

[85] Se ROSENBERG: Beweislast s. 100.

[86] Se FITTING s. 45 f. — Att käranden hade bevisbördan för grunden låge i sakens natur, eftersom denne påkallade en ändring av ett bestående förhållande (a. a. s. 13 f. och 45). Jfr KREFFT s. 65 och 76 f.

[87] Se a. a. s. 45. Jfr BECKH s. 69 f.

[88] Därmed likställes, att rättsfaktum, om det åberopats, icke blivit styrkt eller också neutraliserat av ett styrkt replikfaktum.

[89] Se FITTING s. 18 ff. och s. 60. Jfr BECKH s. 66 samt KALLENBERG: Erkännande s. 18 ff. — Enligt FITTING är principen om att fortbestånd ej behöver bevisas en konsekvens av satsen *affirmanti, non neganti incumbit probatio,* vilken FITTING — i motsats till BETHMANN-HOLLWEG (se ovan s. 145 f.) — anser gälla de åberopade omständigheterna (FITTING s. 21 ff.). Den som påstode, att något *icke* upphört, hade nämligen därvidlag ingen bevisbörda. — Liksom hos PLANCK löses problemet om bevisbördans placering i det konkreta fallet upp i en fråga om vilka fakta som äro rättsgrundande och vilka som äro rättsupplösande eller rättshindrande. Sedan man med FITTING avgjort detta utifrån indelningen i grundnormer och motnormer, är svaret på bevisbördefrågan givet. Jfr OLIVECRONA a. a. s. 102.

[90] Vi erinra om att det enligt *tysk* rätt räcker med att rättsfaktum *införts* av part och att denna part ej nödvändigtvis behöver vara den som har åberopsbördan. Vi antaga emellertid, att rättsfaktum överhuvudtaget icke omnämnts av någondera parten. Då skall även enligt tysk rätt en regel om åberopsbördan tillämpas.

lighet. Likadant förhåller det sig med svaranden i anseende till motnormens rättshindrande och rättsupplösande fakta, med käranden ånyo beträffande replikfakta o. s. v. I denna bevisbördeteoris grundtanke kan därför sägas vara innesluten principen om att åberopsbördans fördelning sammanfaller med bevisbördans.

Detta hävdas också i regel av lärans anhängare. FITTING själv utgår från att den som har åberopsbördan också har bevisbördan,[91] men han finner dock, att en undantagslös tillämpning av denna princip i somliga fall kunde föra »entweder zur Ungereimtheit oder zu unerträglichen Härten».[92] Han giver två exempel härpå. Det ena avser en numera sällsynt situation,[93] och det andra, ett fall av bristande förutsättningar, har kommit att uppmärksammas även i svensk doktrin.[94] Till dessa undantag torde FITTING ha avsett att hänföra även ett par i senare sammanhang omnämnda fall, nämligen yrkande om skadestånd på grund av underlåten men avtalad prestation samt vräkning på grund av obetalt arrende.[95]

Andra författare uttrycka sig mera kategoriskt. Sålunda framhåller BETZINGER, att åberopsbördan bildade »die eine Seite der Beweislast» och åvilade »der beweispflichtigen Partei, also derjenigen, für deren Prozess-standpunkt der Tatumstand vorteilhaft ist».[96] KRESS antager samma fördelning

[91] Se FITTING s. 61 ff. Följande regel för konstaterandet av bevisbördans rätta placering lämnas (s. 61, kurs. här): Weil nämlich eine nicht festgestellte thatsächliche Behauptung für das Gericht einer gar nicht gemachten oder als unwahr herausgestellten gleichsteht . . ., so darf man nur annehmen, ein behauptetes aber bestrittenes Thatbestandsmerkmal . . . *sei gar nicht behauptet* oder als unwahr erwiesen, und prüfen, welchen Einfluss das im gegebenen Fall auf die Entscheidung haben würde. Es ergiebt sich dann ohne weiteres, welche Partei ein Interesse an der Feststellung dieses Merkmals, also dafür die Beweislast hat.» Denna regel säges gälla för alla fall, men även med beaktande av vissa senare (s. 64) gjorda reservationer är det fråga om inte FITTING med det citerade uttalandet motsäger vad han tidigare anfört om att samma part ej nödvändigtvis behövde ha både åberopsbörda och bevisbörda.

[92] A. a. s. 8.

[93] A. a. s. 8: querela non numeratæ pecuniæ (gäldenären, som yrkar återbekommande av skuldsedeln under påstående, att försträckningen aldrig kommit till stånd, har i detta hänseende åberopsbördan men ej bevisbördan. Fallet var i äldre tid vanligt, eftersom borgenären vid försträckning ofta begärde, att gäldenären skulle lämna skuldebrev i förväg, innan den senare överhuvudtaget fått några pengar. Se härom SOHM s. 393). Likaså synes gäldenären böra ha åberopsbördan, därest han yrkar fastställelse av att icke vara skyldig borgenären något på grund av en *viss*, av borgenären före processen påstådd försträckning, vilken gäldenären hävdar ej ha kommit till stånd.

[94] Condictio causa data, causa non secuta; se ALEXANDERSON s. 34 ff. A. m. för tysk rätt REIMANN s. 23 f., BECKH s. 74, LEONHARD s. 402 f. och ROSENBERG a. a. s. 52 not. 4.

[95] Se FITTING s. 36. Angående dessa fall i svensk rätt se nedan s. 238 ff. och s. 247.

[96] Se BETZINGER s. 49. BETZINGER är en av de främsta anhängarna av den s. k. »Minimaltheorie». Denna, som anses ha grundats av FITTING själv (se LEONHARD s. 98), utgör en vidareutveckling av FITTINGS bevisbördelära och lämnar ett mera preciserat svar på frågan om vilka omständigheter som skola anses vara rättsgrundande respektive rättshindrande och rättsupplösande, eller med andra ord vilka som skola åberopas och styrkas av käranden och vilka av svaranden. Enligt BETZINGER skulle det sålunda räcka för

av åberopsbördan som av bevisbördan och gör gällande, att de båda instituten vore »völlig konform, d.i. alle Thatsachen, auf welche sich die Beweislast einer Partei erstreckt, muss sie in dem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren behaupten und erforderlichenfalls beweisen».[97] LEONHARD menar det väsentliga vara, att »genau dasselbe zu behaupten und zu beweisen ist».[98] Även SEUFFERT-WALSMANNS kommentar till ZPO uttalar, att åberopsbördans och bevisbördans fördelning överensstämma.[99]

Den senast berörda bevisbördeteoriens nutida förgrundsgestalt är ROSENBERG. Även denne fastslår klart, att åberopsbördan i princip skall åvila samma part som bevisbördan. Sålunda framhåller ROSENBERG:

»Diejenige Partei, deren Prozessbegehr ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Behauptungs- und Be-

käranden att i första omgången åberopa och bevisa ett »Mindest-Tatbestand». Detta utgjordes närmare bestämt av de omständigheter, som innefattades i den grundnorm, varå käranden stödde sig, jämte vissa »Ergänzungsnormen», och som enligt just dessa normer — med bortseende från alla andra — utgjorde en tillräcklig förutsättning för den i grundnormen intagna rättsföljdens inträde (se BETZINGER s. 11 f.). Därefter hade svaranden att på liknande sätt åberopa ett »Mindest-Tatbestand» i någon motnorm. Liknande KRESS s. 75.

[97] Se KRESS s. 122, jfr s. 31. Så hårt håller KRESS på denna princip, att han icke medgiver något undantag därifrån annat än i vissa presumtionsfall (a. a. s. 122 f. med not 2 å s. 123). Ej ens i det vanligaste undantagsfallet, yrkande om skadestånd på grund av underlåten prestation, vill KRESS lägga åberopsbördan och bevisbördan på olika parter (a. a. s. 125 f.). Käranden skulle i detta fall ej behöva åberopa, att svaranden ej fullgjort den avtalade prestationen! Men hur skulle man då veta vad käranden avsåge? Jo, svarar KRESS, domaren med sin sakkunskap borde känna igen även en så knapphändigt formulerad grund och förstå, att käranden, när denne ej åberopat mera, avsåge just skadestånd på grund av utebliven prestation (s. 123 och 125). Huru svaranden skall lista ut detta bekymrar sig KRESS ej om.

[98] Se LEONHARD s. 195. Att denne avser att uttala sig om fördelningen mellan parterna framgår av sammanhanget. — LEONHARD riktar häftig kritik mot »Minimaltheorie». Dess grundläggande misstag synes enligt LEONHARD vara, att den skiljer mellan en materiell och en processuell »Klagegrund» (a. a. s. 105; om dessa termer se ovan s. 144 f.). LEONHARD lancerar häremot en »Vollständigkeitstheorie» med det innehållet, att käranden i första omgången skulle ha såväl åberopsbördan som bevisbördan för samtliga de omständigheter, som betinga rättighetens uppkomst, således jämväl för frånvaron av rättshindrande fakta (a. a. s. 3). LEONHARD räknar nämligen med blott en sorts motnormer, sådana som innehålla rättsupplösande fakta. Rättshindrande fakta kunde ej särskiljas som en egen grupp (a. a. s. 161). En så stor åberops- och bevisbörda för käranden medför givetvis avsevärda olägenheter. LEONHARD söker undgå dessa genom en storslagen fiktion. Mycket av vad käranden hade att åberopa, behövde han icke påstå uttryckligen utan blott stillatigande (a. a. s. 103). Och då svaranden icke uttalade sig därom, finge väl detta, såvitt jag kan förstå, anses ostridigt (ZPO § 138 s. 3). Alltså, käranden åberopar icke men ändå åberopar han! I själva verket är naturligtvis ett »stillatigande åberopande» intet åberopande alls. Och av intet blir intet. Något system kan man ej bygga upp därå. — LEONHARDS fiktion har givetvis kritiserats tidigare, se t. ex. KORSCH s. 3 ff. och SOBERNHEIM s. 49. En eftersägare till LEONHARD är dennes lärjunge DIEMER (s. 18 ff.).

[99] Se SEUFFERT—WALSMANN § 283, 3 (s. 468): »Da aber die Beweislast hypothetisch gedacht ist, wer hat zu beweisen, falls bestritten wird, so ist sie stets mit der Behauptungslast zugleich gegeben, und beide decken sich; die Scheidung ist also der Sache nach nicht notwendig.»

weislast dafür, dass die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind.»[100]

Därav följer en principiell överensstämmelse mellan åberopsbördans och bevisbördans fördelning.[101] Men sedan Rosenberg väl fastslagit denna huvudprincip, medgiver han — liksom Fitting — vissa viktiga undantag från regeln. Som exempel anför Rosenberg vissa fall av talan om skadestånd eller hävande av avtal på grund av utebliven eller försenad prestation samt talan mot falsk fullmäktig, fall som ha motsvarighet även i svensk rätt och komma att behandlas i det följande.[102] I dessa fall, framhåller Rosenberg med all rätt, måste käranden påstå, att svaranden underlåtit att prestera respektive handlat utan fullmakt. Däremot har svaranden i dessa hänseenden bevisbördan.[103]

Detta går nu ej ihop med huvudprincipen. Men Rosenberg låter sig nöja med konstaterandet, att dessa fall vore försvinnande fåtaliga i förhållande till de regelmässiga och därför ej borde tillmätas större betydelse.[104] Omfattar man Rosenbergs bevisbördeteori, bli väl också undantagen inskränkta till ett fåtal fall, särskilt sådana där uttryckliga stadganden om bevisbördans placering finnas i lagen. För den händelse att sådana bestämmelser icke skulle ha funnits i BGB, kunde det väl ifrågasättas, om icke Rosenberg hade föranletts till antagandet, att käranden hade även bevisbördan för utebliven leverans[105] respektive för obefintlig fullmakt. Dessa förhållanden måste väl anses utgöra förutsättningar för tillämpligheten av de för käranden förmånliga lagstadgandena.[106] Någon rätt till skadestånd kan ju icke grundas enbart på ett köpeavtal eller enbart på det förhållandet, att fullmäktigen ingått ett avtal, som huvudmannen vägrat infria. I själva verket är det här fråga om undantag icke från Rosenbergs regel om åberopsbördans fördelning utan från den om bevisbördans. Men om man nu finner, att systemet går isär, om bevisbördan fördelas på annat sätt än enligt huvudregeln, borde väl den frågan ställas, om ej kongruensen mellan åberopsbörda och bevisbörda snarare är en följd av den uppställda definitionen än av en egentlig överensstämmelse i vad angår de båda institutens ändamål.

Den egentliga grunden till att en bevisbördefördelning överhuvudtaget förekommer finner Rosenberg i »der Zweckmässigkeit und der ausgleichen-

[100] Rosenberg: Beweislast s. 98.
[101] Se a. a. s. 49 ff. samt Lehrbuch § 114 II 1 (citerad ovan s. 139). Se även Reimann s. 5 och Fickel s. 18.
[102] Se nedan s. 237 ff. och s. 246 f.
[103] Se Rosenberg: Beweislast s. 52.
[104] Se a. a. s. 53.
[105] Så i princip Leonhard s. 195. Denne böjer sig dock för den lagstadgade fördelningen, a. a. s. 382.
[106] Jfr Rosenberg a. a. s. 333.

den Gerechtigkeit».[107] Det finns nu författare, som mera direkt utgå från ändamåls- och rättvisesynpunkter, när det gäller att avgöra, huru bevisbördan bör fördelas.[108] Vad anse då dessa om förhållandet mellan bevisbörda och åberopsbörda? Vad först angår Hellwig, så räknar denne med en i princip överensstämmande fördelning.[109] I båda fallen sker en fördelning mellan parterna »aus Gründen der Zweckmässigkeit (namentlich, um die Rechtsverfolgung nicht unbillig zu erschweren)».[110] Egentligen borde käranden ha åberops- och bevisbördan för alla de omständigheter, som rättfärdigade hans rättspåstående. Men detta skulle bli en alltför tung börda. Därför hade käranden befriats från att åberopa och bevisa frånvaron av rättshindrande och rättsupplösande fakta.[111] Att göra sådana omständigheter gällande åvilade svaranden. Hellwig gör visserligen några undantag från denna regel om bevisbördans fördelning, men det framgår ej av resonemanget, om detta ansetts medföra någon divergens i förhållandet till åberopsbördan.

En liknande motivering för bevisbördans fördelning har framställts av Richard Schmidt.[112] Denne förklarar emellertid, att något motsvarande problem om åberopsbördans fördelning icke existerade.[113] Någon skyldighet för part att uttryckligen åberopa vissa fakta funnes ej.[114] En sådan skyldighet kunde blott motiveras med att parternas förfoganden över fakta i processen vore en logisk konsekvens av deras civilrättsliga dispositionsförmåga. Men att domstolen blott kunde beakta omständigheter, som av parterna — likgiltigt vilken — gjorts gällande i målet, vore blott »Zweckmässigkeitsmassregel zur Beförderung der Tätigkeit der beiden Parteien».[115] Schmidt tillfogar:

Nur ausnahmsweise kann eine Behauptungslast im eigentlichen Sinne da praktisch werden, wo ausnahmsweise das *Behaupten* von Tatsachen den *Beweis* ersetzt oder überflüssig macht. Dies ist der Fall im Versäumnisverfahren. ... Im übrigen nützt der Partei das Behaupten der Tatsache nichts, wenn sie

[107] Se Rosenberg a. a. s. 91, jfr även s. 333.
[108] Härom se Olivecrona a. a. s. 71 ff.
[109] Se Hellwig: System I s. 472 f. — Hellwig delar den vanliga tyska uppfattningen, att parts åberopsbörda kunde fullgöras lika väl genom ett åberopande från motparten (a. a. s. 467).
[110] A. a. s. 466, vartill Olivecrona a. a. s. 73 med not 4.
[111] Se Hellwig a. a. s. 473.
[112] Se R. Schmidt s. 477 ff. Härtill Olivecrona a. a. s. 73.
[113] A. a. s. 423: »Eine Verteilung der Behauptungslast ist weder in der Natur der Sache noch irgendwo im Gesetze begründet.»
[114] I ZPO finnes ingen uttrycklig motsvarighet till RB 17:3 p. 2. Att det i dispositiva mål åvilar parterna en åberopsbörda framgår dock e contrario av ZPO § 622 st. 1. Som tidigare anförts, brukar ett *uttryckligt* åberopande ej anses erforderligt, liksom ej heller att åberopandet skall framställas av just den part, som därvidlag har åberopsbördan. Se även Rosenberg: Beweislast s. 43 med där anförda lagrum.
[115] Schmidt s. 423.

diese *nicht auch zugleich beweist.* Anderseits schadet ihr eine Nichtbehauptung nichts, wenn der Gegner die Tatsache behauptet und (z. B. durch ein vorwegnehmendes Geständnis) klarstellt.»[116]

Men om motparten ej är så älskvärd, att han gottgör sin vederdelomans försummelser att åberopa, hur går det då? Det förefaller, som om SCHMIDT icke tänkt sig den möjligheten, att båda parterna kunna utelämna en relevant omständighet.[117] Dessutom innehåller SCHMIDTS resonemang en petitio principii. Ett åberopande skulle ju icke tjäna någonting till, om ej parten tillika bevisar faktum. SCHMIDT utgår här uppenbarligen från den obestyrkta förutsättningen, att den som skulle vara skyldig att åberopa faktum också alltid har bevisbördan. Med antagandet, att part väl kan ha åberopsbördan men ej bevisbördan för en omständighet, faller nämligen resonemanget.

WACH finner ingen annan grund för bevisbördans fördelning än rättvisa och billighet.[118] Emellertid har WACH insett, att åberopsbördan icke kan fördelas efter samma princip. Han uttalar sig på denna punkt kategoriskt: »Nicht gilt: wer behauptet, beweist. ... Sogenannte Behauptungslast und Beweislast decken sich nicht.»[119] WACH giver två belägg härför; det ena torde sakna relevans i dagens diskussion,[120] det andra avser de redan tidigare omnämnda fallen med skadestånd o. d. på grund av utebliven prestation. I annat sammanhang nämner WACH ett exempel, som avser ett motfaktum. Om svaranden påstår, att ett av käranden åberopat avtal är avhängigt av ett villkor, har likväl käranden bevisbördan för villkorets icke-existens.[121] Emellertid torde skillnaden mellan bevisbördans och åberopsbördans fördelning icke heller enligt WACH bli särskilt stor. Principen om rättvisa och billighet som rättesnöre vid bevisbördans fördelning förklaras nämligen böra tillämpas så, att käranden i regel har bevisbördan för grunden, svaranden för »die Einreden» o. s. v.[122]

Även WEISMANN ser i rättvisan skälet till att bevisbördan fördelats mellan parterna.[123] Någon allmän fördelningsprincip kunde dock icke uppställas.[124] WEISMANN inskränker sig till att fastställa bevisbördan för olika grup-

[116] SCHMIDT s. 423 n. 2.
[117] Jfr LEONHARD s. 194 och ROSENBERG: Beweislast s. 44 f.
[118] Se WACH: Beweislast s. 386. Härtill OLIVECRONA a. a. s. 72 och 75.
[119] WACH a. a. s. 387.
[120] Käranden har att påstå, att hans anspråk fortfarande består, men behöver icke bevisa, att det icke upphört. Argumentet är grundat på föreställningen, att käranden gör gällande en rättighet, vilkens bestånd domstolen skall fastställa.
[121] Se WACH a. a. s. 393. Möjligen menar WACH dock, att käranden hade att till grund för käromålet åberopa, att avtalet icke vore villkorat. Sammanhanget tyder i viss mån därpå. Jfr KALLENBERG: Erkännande s. 81 f. och 90.
[122] A. a. s. 388 f. Jfr HEDEMANN s. 146.
[123] Se WEISMANN s. 121. Det vore nämligen orättvist att kräva, att käranden ensam skulle ha bevisbördan.
[124] Jfr ROSENBERG: Beweislast s. 92.

per av rättsfakta. För rättsupplösande fakta hade svaranden bevisbördan liksom käranden för de rättsgrundande med undantag för giltighetsförutsättningar o. d. Den som hade bevisbördan härvidlag, hade i regel också åberopsbördan. Men åberopsbördans och bevisbördans fördelning vore icke alldeles densamma. Det kunde nämligen hända, att man av rent »logiska» skäl måste kräva, att en part skulle åberopa även andra omständigheter än dem för vilka han hade bevisbördan. Som exempel härpå omnämner Weismann de tidigare berörda fallen av talan på grund av utebliven leverans.[125]

Även andra bevisbördeläror ha emellertid sett dagens ljus. Beckh anser besittningen utgöra skälet till att käranden i första hand har bevisbördan; den som angrepe ett bestående förhållande hade också bevisbördan.[126] Emellertid låge det i sakens natur, att käranden icke borde ha bevisbördan för samtliga förutsättningar för rättighetens fortbestånd.[127] I den mån dessa skulle styrkas av käranden, utgjorde de grunden för käromålet;[128] detta vore fallet med de rättsgrundande fakta.[129] De förutsättningar för rättighetens icke-existens, för vilka svaranden hade bevisbördan, d. v. s. de rättsupplösande och i viss mån de rättshindrande fakta,[130] kallar Beckh »echte Einreden».[131] Det är alltså tydligt, att Beckh tänker sig, att ifrågavarande fakta skulle åberopas av den som därvidlag hade bevisbördan. Beckh framhåller också, att åberopsbördan framstode som »ein genauer Reflex der materiellen Beweislast».[132]

Däremot utgår Martinius från den gamla indelningen i positiva och negativa fakta,[133] och med stöd av en från Schopenhauer hämtad »Gesetz der Trägheit»[134] gör han gällande, att den som kunde stödja sig på en negativ omständighet icke annat än i undantagsfall hade åberopsbördan och bevisbördan härför.[135] Den senare betecknar Martinius som »Ausfluss der Behauptungslast», och i sitt resonemang jämställer han helt de båda instituten med avseende på fördelningsfrågan.

Stein ser i åberopsbördan och bevisbördan uttryck för förhandlingsprin-

[125] Se Weismann s. 127.
[126] Se Beckh s. 18 f. Jfr Hedemann s. 163 ff. och Rosenberg a. a. s. 97. Beträffande besittningens betydelse för åberopsbördans fördelning jfr Trygger: Bevisskyldigheten s. 328 ff.
[127] Se Beckh s. 40.
[128] A. a. s. 40.
[129] A. a. s. 66.
[130] A. a. s. 67 och 69.
[131] A. a. s. 40.
[132] A. a. s. 8.
[133] Se om denna Olivecrona a. a. s. 17 ff.
[134] Martinius s. 49: »Nach dem Gesetz der Trägheit tritt keine Veränderung ein, bis eine wirkende Ursache eine solche hervorruft. Der Nichteintritt von Veränderungen, von Tatsachen, ist daher selbstverständlich. Es bedarf weder der Behauptung, noch des Beweises.»
[135] Se Martinius s. 50 f.

cipen, i den meningen nämligen att det ålåge parterna — icke domstolen — att sörja för att rättsfakta bleve införda i målet och bevisade.[136] Förhandlingsprincipen gåve emellertid ingen grund för fördelningen.[137] Denna grund finge i stället sökas i rättegångens kontradiktoriska gestaltning.[138] Till följd av denna behövde den som hävdade, att en rättsföljd inträtt, åberopa och bevisa blott de rättsgrundande omständigheterna, medan den som gjorde gällande, att rättsföljden upphört eller icke kommit till stånd, hade åberops- och bevisbördan för de rättshindrande och rättsupplösande fakta.[139] Svaret på frågan, till vilken grupp ett visst rättsfaktum skulle hänföras, gåve den materiella rätten.[140]

I sin lärobok synes Stein helt likställa åberopsbördans och bevisbördans fördelning, ehuru han i sin tidigare skrift »Das private Wissen des Richters» förnekat, att det skulle föreligga någon principiell överensstämmelse härvidlag.[141] Emellertid synes Steins motivering föga övertygande. Hans ena skäl förefaller nämligen vara, att bevisfakta ej behöva åberopas.[142] Men åberopsbördan bör ju anses omfatta blott rättsfakta.[143] Vidare anför Stein, att en part kunde ha bevisbördan för en omständighet, som skulle beaktas ex officio av domstolen.[144] Argumentet kan väl ha betydelse vid en jämförelse mellan åberopsbördans och bevisbördans omfång. Däremot saknar det intresse, när det gäller fördelningsfrågan, eftersom det ju i detta fall icke finnes någon åberopsbörda att fördela mellan parterna.[146] Då kan man ju inte jämföra fördelningen med bevisbördans.

Stein—Jonas—Schönke—Pohles kommentar till ZPO följer i huvudsak Stein, när det gäller bevisbördans fördelning. Vidare synes kommentaren antaga, att denna helt överensstämmer med åberopsbördans.[147]

Även Hedemann anser, att bevisbördan liksom åberopsbördan »erklärt . . . sich aus der Verhandlungsmaxime». Bevisbördan vore »begrifflich

[136] Se Stein: Pr. Wissen s. 87 f. och Grundriss s. 37 f. och 166.
[137] Se Stein: Grundriss s. 166; jfr Rosenberg: Beweislast s. 93.
[138] Se Stein a. st. samt s. 35; jfr Rosenberg a. a. s. 94 f. Se även Hammerich s. 207.
[139] Se Stein a. a. s. 165 och 167. Stein räknar dessutom med en fjärde kategori, rättsbevarande fakta, för vilka den berättigade hade bevisbördan.
[140] Jfr ovan s. 148 f. Vid bestämmandet av de rättshindrande omständigheterna utnyttjar Stein emellertid i stor utsträckning »Satzbaulehre» (se Grundriss s. 167).
[141] Se Stein: Pr. Wissen s. 93.
[142] A st. jämfört med s. 89.
[143] Jfr Rosenberg a. a. s. 51.
[144] Se Stein a. a. s. 93. Jfr Rosenberg a. a. s. 51 f.
[146] Däremot kan det vara möjligt att tala om en »informationsbörda» (se härom ovan s. 68 f.) och dennas fördelning kan man givetvis jämföra med bevisbördans.
[147] Stein—Jonas—Schönke—Pohle § 282 IV 1: »Der althergebrachte Ausdruck *Beweislast* ist . . . insofern *zu eng*, als es sich nicht nur um den *Beweis* bestrittener Tatsachen, sondern um die *Behauptung* selbst handelt . . .»

ein Abbild der Behauptungslast».[148] Hedemanns motivering påminner härvidlag om Steins.[149] Om fördelningen uttalar Hedemann:

»Auch die *Verteilung* der Beweislast entspricht grundsätzlich der jeweiligen Verteilung der Behauptungslast; d. h. immer die Partei, die einen bestimmten Umstand in den Rechtsstreit einzuführen hat, bei Gefahr des Prozessverlustes, hat ihn auch unter gleicher Gefahr zu beweisen.»[150]

Ett liknande resonemang föres av Friedenthal, som också antar, att åberopsbördans fördelning överensstämmer med bevisbördans.[151]

Goldschmidt anser åberopsbördan och bevisbördan utgöra en konsekvens av förhandlingsprincipen, synbarligen i liknande mening som Stein.[152] Med den senare överensstämma även Goldschmidts uttalanden om hur bevisbördan skulle fördelas, där icke lagen uttryckligen föreskrivit annat.[153] Om åberopsbördans fördelning anför Goldschmidt:

»Welche der Parteien für eine bestimmte Tatsache die Behauptungslast hat, ergibt sich grundsätzlich aus den Regeln über die materielle Beweislast. Doch können (materielle) Behauptungs- und materielle Beweislast in bezug auf ihren Gegenstand auseinanderfallen.»[154]

Kleinfeller finner bevisbördans fördelning ytterst bero på en grundsats, »der aus der rechtlichen Natur der Beweislast als einer Bedingung des Sieges im Prozess abzuleiten ist».[155] Från denna utgångspunkt uppställer Kleinfeller följande huvudprincip för bevisbördans fördelning:

»Jede Partei hat die feststellungsbedürftigen Tatsachen zu beweisen, deren Behauptung für die erfolgreiche Begründung ihres Antrags notwendig ist.»[156]

Därmed kunde man tro, att även Kleinfeller fördelar åberopsbörda och bevisbörda lika. Denne menar dock, att det ingalunda alltid vore så, att det en part hade att åberopa också behövde bevisas av denne. Kleinfellers re-

[148] Se Hedemann s. 293.
[149] A. a. s. 281.
[150] A. a. s. 294. Presumtioner hade ingen betydelse för åberopsbördans existens och fördelning (s. 293). Däremot behövde den presumerade omständigheten ej bevisas av den part, som hade åberopsbördan, utan skulle vederläggas av motparten. I detta fall komme alltså åberopsbörda och bevisbörda att åvila olika parter (s. 300).
[151] Se Friedenthal s. 19 f.
[152] Se Goldschmidt: Zivilprozessrecht s. 44 och 129.
[153] Se a. a. s. 133. Liknande Schönke s. 229.
[154] Goldschmidt a. a. s. 129. Som exempel anför Goldschmidt de här tidigare berörda fallen av talan på grund av att svaranden icke eller icke i tid uppfyllt sin förpliktelse (se ovan s. 153 och s. 155). Att Goldschmidt insett, att åberopsbördans placering kan utgöra ett särskilt problem, visar hans ingående och på bestämmelser i BGB grundade undersökning av hur åberopsbördan i ett särskilt fall bör vara placerad (se Goldschmidt: Behauptungs- und Beweislast bei der rei vindicatio des Vorbehalteigentümers, Judicium 1931 sp. 41 ff.).
[155] Se Kleinfeller s. 341.
[156] A. a. s. 342 f.

sonemang på denna punkt synes emellertid icke beröra själva det principiella fördelningsproblemet. Han anför nämligen, »dass die Beweisführung (1) durch andere Feststellungsmittel ... oder (2) durch Vermutungen entbehrlich ist», eller (3) att motfakta måste åberopas men ej alltid bevisas.[157] Härvid synes KLEINFELLER förbise, att bevisbördereglerna gälla generellt och sålunda även i de nyssnämnda situationerna, ehuru de icke alltid komma till användning i det enskilda fallet.[158] KLEINFELLER torde i sitt resonemang ha förväxlat bevisbördan med den »falska bevisbördan».[159]

Av LENT kan citeras följande uttalande:

»Was der Kläger zu bringen hat, richtet sich also in weitgehendem Masse nach der Beweislast, so dass man ja auch von Anführungslast spricht, die sich mit jener im grossen und ganzen deckt. Auf diese kommt es jedenfalls an; sobald aus der Verteilung der Beweislast oder sonst hervorgeht, dass es nicht Sache einer Partei ist, gewisse Tatsachen zu behaupten, ist es auch sicher, dass die Partei sie in der Klage nicht anzuführen braucht. — — — Die Anführungslast deckt sich allerdings nicht genau mit der Beweislast; sie hat einen etwas geringeren Umfang als diese. *Gewisse regelmässig vorhandene Tatsachen,* z. B. die Geschäftsfähigkeit der Parteien bei Geschäftsabschluss, werden stillschweigend vorausgesetzt, daher nicht angeführt, müssen aber, wenn vom Gegner bestritten, doch bewiesen werden; wenn der Beklagte z. B. behauptet, der Kläger sei minderjährig, so muss dieser seine Volljährigkeit und damit seine Geschäftsfähigkeit beweisen, obwohl er sie zunächst (in der Klage) nicht zu behaupten brauchte.[160]

Det kunde synas, som om LENT här motsade sig själv. Meningen var ju att visa, att åberopsbördans och bevisbördans fördelning ibland gick isär. Men då LENT talar om att vissa omständigheter bli »stillschweigend vorausgesetzt», kunde man tro, att därmed avsåges ett »tyst» åberopande från käranden.[161] LENT torde emellertid icke räkna med en sådan fiktion. Han synes nämligen förutsätta, att det är svaranden som blir lidande på att omständigheten ifråga icke åberopas. Åberopsbördan åvilar därför i realiteten denne, medan käranden har bevisbördan. Fallet blir sålunda, såsom LENT gör gällande, ett undantag från huvudprincipen om den överensstämmande fördelningen. Intressant är vidare, att LENT uppmärksammat vissa »regelmässig vorhandene Tatsachen». Vi skola återkomma till dessa längre fram.[162]

[157] KLEINFELLER avser det fallet, att grunden för käromålet ej bevisats (se a. a. s. 343). Jfr VOCKE s. 19 f. Vidare anför KLEINFELLER, att allmänna erfarenhetssatser och ibland t. o. m. rättssatser måste åberopas men däremot ej bevisas. Häremot kan anföras, att åberopsbördan ej brukar anses omfatta annat än faktiska omständigheter. Jfr ROSENBERG: Beweislast s. 50 och STEIN: Pr. Wissen s. 95.

[158] Jfr ROSENBERG a. a. s. 51 och 42 f.

[159] Om denna term se EKELÖF: Rättegång IV s. 70 ff.

[160] LENT: Konkurrenz II s. 412 f. (kurs. här).

[161] Jfr ovan s. 152 not 98.

[162] Se nedan s. 198 f.

I sin senare utgivna lärobok synes LENT emellertid förutsätta, att åberopsbördans fördelning helt överensstämmer med bevisbördans.[163] LENT gör vidare gällande, att åberopsbördan i tysk rätt skulle numera ha minskat avsevärt i betydelse. Orsaken härtill skulle vara, att ZPO § 138 krävde, att vardera parten *fullständigt* åberopade samtliga relevanta omständigheter, samt att parterna till följd därav ej längre hade möjlighet att avstå från att åberopa somliga rättsfakta.[164] Detta giver oss anledning att övergå till den österrikiska doktrinen, där liknande åsikter ofta framförts.

*2. Österrike*

ÖZPO innehåller en motsvarighet till RB 17: 3 p. 1 (ÖZPO § 405), däremot ej till RB 17: 3 p. 2.[165] Vidare stadgar ÖZPO § 178 bland annat:

»Jede Partei hat in ihren Vorträgen alle im einzelnen Falle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäss vollständig und bestimmt anzugeben, die zur Feststellung ihrer Angaben nötigen Beweise anzubieten . . .»

Denna sannings- och fullständighetsplikt är emellertid knappast alls sanktionerad.[166] Detta har dock ej hindrat, att man på sina håll dragit synnerligen vittgående slutsatser ur stadgandet. Sålunda anför POLLAK:

»Denn die Erfüllung dieser Wahrheitspflicht erspart den Gerichten fast den ganzen Kontroversenreichtum des deutschen Rechtes *über die Beweislast,* über die Einteilung der Tatsachen in rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtszerstörende, sowie über die Abscheidung des günstigen vom ungünstigen Parteivorbringen im Zusammenhange mit der Lehre vom gerichtlichen Geständnisse. Die (Ö)ZPO braucht diese Einteilungen nicht, kennt sie nicht, *teilt auch weder die Behauptungs- noch die Beweislast unter den Parteien auf,* verlangt vielmehr von jeder Partei die vollständige Sachverhaltsdarstellung ohne Rückhalt und unterscheidet darum auch hinsichtlich deren Verwertbar-

[163] Se LENT: Zivilprozessrecht s. 120 f.

[164] Se LENT a. st. samt s. 28 f. — Redan enligt äldre doktrin ansågs visserligen domstolen kunna lägga sådana omständigheter till grund för domen, vilka väl införts av part men ej särskilt åberopats. Något sådant kunde dock förhindras av den part, som hade åberopsbördan, genom att denne sade ifrån att omständigheten ej åberopades (se t. ex. STEIN Pr. Wissen s. 88 och Grundriss s. 163). LENT har nu på annat håll (Wahrheitspflicht s. 48) sagt, att detta fortfarande skulle vara möjligt (jfr även Zivilprozessrecht s. 194). Domstolen skulle således ej mot partens vilja kunna grunda domen på en för denne förmånlig omständighet (så även STEIN—JONAS—SCHÖNKE—POHLE § 138 I 1; a. m. BERNHARDT s. 29 f.). Emellertid stå LENTS uttalanden i Zivilprozessrecht (s. 28 f. och s. 121) icke i särskilt god överensstämmelse härmed. I vart fall finge dock domstolen ej ändra partens talan eller utan åberopande beakta sådana omständigheter, som grundade en »Einrederecht» med mindre en sådan »Einrede» framställts (jfr för österrikisk rätt SPERL s. 377, varom nedan s. 163).

[165] Beträffande äldre österrikisk rätt se SPERL s. 391. I väsentliga delar gällde ÖZPO länge efter första världskriget i stora områden av Tjeckoslovakien och Jugoslavien.

[166] Se NEUMANN s. 773 och SPERL s. 375 och 462; jfr även FASCHING I s. 847.

keit nicht zwischen günstigen und ungünstigen Teilen des Vortrages: *alles ist vorzutragen, alles Vorgetragene ist unterschiedslos Entscheidungsstoff.*[167]

Att det i österrikisk rätt icke skulle finnas någon bevisbördefördelning är ett förvånansvärt huvudlöst uttalande för att komma från en så pass framstående processualist som Pollak. Denne motsäger också strax sig själv. Någon subjektiv bevisbörda i den meningen, att bevisbördan vore fördelad mellan parterna, skulle sålunda ej finnas.[168] Däremot existerade en objektiv bevisbörda (»die Herbeischaffung aller wesentlichen Norm-, Erfahrungssatz- und Tatsachengrundlagen»).[169] Denna »regelt die Folgen des unerbrachten Beweises».[170] Bevisningen kunde enligt Pollak antingen lyckas (påståendet är riktigt), misslyckas (påståendet är falskt) eller också utfalla indifferent (påståendets riktighet förblir oviss). Det sistnämnda fallet kunde jämställas med att bevisningen misslyckats. Den som hade att bära nackdelen av det senare, finge också stå risken för att bevisningen ej gåve tydligt utslag.[171] Här förutsätter Pollak emellertid, att en part kan ha nackdelen av att bevisning slår slint. Med andra ord: han förutsätter en bevisbördefördelning. Meningen kan ju icke rimligen vara den, att en misslyckad bevisning alltid skall lända den part till nackdel, vilken åberopat bevisningen. Antag nämligen, att käranden sökt styrka en försträckning, medan svaranden i sin tur förebringat bevisning om att försträckningen aldrig kommit till stånd. Den sammanlagda bevisningen lämnar sakläget ouppklarat. Endast en av parterna kan ha nackdelen av detta.

Vidare motsäger sig Pollak även i vad angår åberopsbördan. Den fullständiga redogörelsen över *samtliga* relevanta omständigheter skulle käranden nämligen behöva lämna först vid den muntliga förhandlingen. I stämningsansökan skulle det räcka, att han anförde en »vollständige Darstellung der *rechtserzeugenden* Tatsachen».[172] Detta vore tillräckligt för att erhålla tredskodom. En sådan kunde vidare utfalla till nackdel för käranden »wegen der Unschlüssigkeit des Klagebegehrens».[173] Således trots allt en åberopsbörda, åtminstone i detta hänseende!

Det kan slutligen nämnas, att Pollak ur sannings- och fullständighetsplikten även drager den slutsatsen, att domstolen finge utan åberopande

[167] Pollak s. 482; de två första kursiveringarna gjorda här. Den inskränkningen skulle dock enligt Pollak gälla, att part (i praktiken väl blott svaranden) kunde avstå från att framställa åberopanden överhuvudtaget. Ville part emellertid åberopa *någon* omständighet, bleve han tvungen att därjämte åberopa *samtliga* andra, som hade relevans (a. a. s. 480).
[168] Se a. a. s. 656 f.
[169] Se a st.
[170] A. a. s. 657.
[171] Se a. st.
[172] A. a. s. 379 f., kurs. här.
[173] Se a. a. s. 524.

lägga sådana omständigheter till grund för domen, vilka införts genom bevisningen.[174] Parterna kunde nämligen icke lagligen avböja att åberopa sådant; de *måste* åberopa det. Och i så fall vore det blott formalism, att domstolen förelade parten att framställa ett särskilt åberopande.[175]

Andra författare företräda en mera konsekvent åskådning. Visserligen framhåller även Wolff, att vad käranden i stämningsansökningen hade att åberopa vore de rättsgrundande omständigheterna:

»Anzugeben ist nämlich der *Tatbestand* jedes in Anspruch genommenen Gesetzessatzes, also die *rechtserzeugenden Tatsachen.* Ausnahmen vom Gesetzessatz *(rechtsverneinende, d. s. rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Tatsachen)* hat der Kläger nur bei der negativen Feststellungsklage anzugeben, wenn er sie darauf stützt. Tatsachen, die eine Ausnahme von der Ausnahme, also Rückkehr zur Regel, zur Folge haben, braucht der Kläger noch nicht in der Klage anzugeben, da er *die Einwendung des Beklagten,* der Fall gehöre unter die Ausnahme, abwarten kann.[176]

Av detta citat framgår emellertid att Wolff räknar med en fördelad åberopsbörda. Wolff förnekar ej heller bevisbördan och dess fördelning. Hans fördelningsprincip företer vissa likheter med den som i tysk rätt hävdats av Fitting, Rosenberg m. fl.[177] Även Wolff synes komma till det resultatet, att åberopsbördans och bevisbördans fördelning i princip sammanfalla.

Om bevisbördans fördelning uttalar Neumann:

»Derjenige, der ein Recht geltend macht, sei es Kläger oder Beklagter, hat dafür Sorge zu tragen, dass der Beweis über die Tatsachen, aus denen das betreffende Recht erfliesst, erbracht werde, und sein Gegner hat die Tatsachen zu beweisen, welche erforderlich sind, um die Nichtexistenz dieses Rechts darzutun. Welche Tatsachen festzustellen erforderlich ist, muss nach materiellem Rechte beurteilt werden.»[178]

»Der *Kläger* hat nicht alle sein Recht begründenden Tatsachen, sondern

[174] I resultatet överensstämmande Sperl s. 377 (med vissa undantag), Fasching I s. 847 och 874 samt Wolff s. 164 f. A. m. Neumann s. 774, jfr dock s. 761 och 776.
[175] Se Pollak s. 484.
[176] Wolff s. 274, den sista kursiveringen gjord här.
[177] Wolff s. 293: »Die Beweislast trifft die Partei, deren Behauptung mangels Beweises oder Beweisersatzes kraft Gesetzes als unrichtig anzusehen ist.» A. a. s. 295: »Die Beweislast kann im Einzelfall gesetzlich geregelt sein. . . . Mangels besonderer Regelung hat jede Partei den Tatbestand des Gesetzessatzes, dessen Rechtsfolge sie für sich in Anspruch nimmt, nachzuweisen. Tatsachen, die eine Ausnahme vom Gesetzessatz zur Folge haben, muss, wenn er sie einwendet, der Gegner beweisen. Tatsachen wiederum, die eine Rückkehr zur Regel ergeben, die erstangeführte Partei. . . . Man kann auch sagen: Rechtserzeugende Tatsachen hat der Kläger, rechtsverneinende, also rechtshindernde und rechtsvernichtende sowie rechtshemmende der Beklagte, Ausnahmen immer der Gegner zu beweisen.»
[178] Neumann s. 978. På grund av sanningsplikten och domarens mycket starka materiella processledning skulle dock åberopsbörda och bevisbörda få betydelse endast i mycket få fall (a. a. s. 979).

nur diejenigen zu behaupten und zu beweisen, welche nach dem allgemeinen Rechtssatz, der den Klagegrund bildet, seinen Anspruch dartun.»[179]

»Der Beklagte hat die rechtshindernden ... und rechtsaufhebenden Tatsachen zu beweisen.»[180]

Synbarligen räknar även NEUMANN med en åberopsbörda.[181] Om dess fördelning uttalar han sig icke uttryckligen, men det förefaller som om fördelningen tänkts i regel sammanfalla med bevisbördans.

Enligt SPERL är huvudprincipen, att domstolen kunde lägga endast sådana omständigheter till grund för domen, vilka åberopats av parterna.[182] Emellertid funnes vissa undantag. Sålunda kunde domstolen även utan åberopande grunda domen på rättsfakta, som införts genom bevisningen. Dessa måste dock vara styrkta. I så fall vore de enligt SPERL att likställa med notoriska fakta.[183] I princip erkänner SPERL alltså en åberopsbörda, och han framhåller, att domstolen genom sin materiella processledning väl kunde föranleda men ej befalla eller tvinga part att åberopa ytterligare omständigheter.[184] SPERL räknar även med att åberopsbördan är fördelad.[185] Han synes emellertid förutsätta, att åberopsbördans fördelning principiellt skulle sammanfalla med bevisbördans. Detta framgår av följande uttalande:

»Jede Partei soll alle für das Entstehen jener Rechtslagen, auf denen ihr Urteilsantrag aufgebaut ist, kausalen, rechtsmotorischen Tatsachen behaupten; was von diesen Behauptungen bestritten wird, möge sie ... zu beweisen unternehmen. ... — Hat eine Partei, die ihren Rechtsstandpunkt herbeiführenden rechtsmotorischen Ereignisse nachgewiesen, dann hat sie zunächst die Situation hergestellt, die ihren Sieg bewirkt. Sollte nun der Gegner einwenden, diese Situation bestehe nicht mehr, sie habe sich geändert, so ist das, weil sein Rechtsstandpunkt sich darauf gründet, wie von ihm zu behaupten, so auch zu beweisen.»[186]

Den modernaste kommentaren till ÖZPO är ett stort, ännu ej fullbordat verk av FASCHING. Denne erkänner i princip en åberopsbörda.[187] Om dess

[179] NEUMANN s. 979.

[180] A. a. s. 980; omkastat vid negativ fastställelsetalan.

[181] Se a. a. s. 774, 979 och 1134. Liksom i tysk rätt anses domstolen kunna grunda domen på en åberopad omständighet oavsett vilkendera parten som framställt åberopandet (se a. a. s. 978).

[182] Se SPERL s. 290, 360, 370 och 376.

[183] Se a. a. s. 377. — Domstolen måste dock hålla sig inom ramen för de rättigheter och »Einreden», vilka parten gjort gällande (a. st.).

[184] Se a. a. s. 389. Jfr FASCHING I s. 870.

[185] Se SPERL s. 391 och 393.

[186] A. a. s. 393, exempel s. 393—395. Därav framgår att den förpliktade anses ha åberopsbördan och bevisbördan för t. ex. ogiltighetsgrunder.

[187] Se FASCHING I s. 870 och II s. 20 f. Även enligt FASCHING vore det tillåtet för domstolen att grunda domen på sådana icke åberopade omständigheter, som införts genom bevisningen (se I s. 847 och 874, jfr även II s. 37).

fördelning uttalar han sig i ordalag, som påminna om Wolff och Sperl.[188] Huru åberopsbördans fördelning enligt Fasching skulle förhålla sig till bevisbördans kan för närvarande ej bedömas,[189] även om användningen av termerna rättsgrundande, rättshindrande och rättsupplösande omständigheter[190] låter förmoda, att även bevisbördan kommer att fördelas med utgångspunkt från denna indelning.

Påbudet att sanningsenligt och fullständigt åberopa samtliga relevanta omständigheter följs i ÖZPO § 178 omedelbart och i samma mening av ett åläggande för part att erbjuda bevisning för sina påståenden.[191] Båda leden i satsen ha den gemensamma inledningen »jede Partei hat». Trots detta skulle det enligt doktrinen föreligga en »rättsplikt» att framställa sanningsenliga och fullständiga åberopanden men ingen sådan plikt att förebringa bevisning.[192] Ändamålet med rättegången säges allmänt vara att fastställa sanningen.[193] Detta ändamål skall främjas genom sannings- och fullständighetsplikten. Alldeles bortsett från att domstolen ej heller enligt österrikisk rätt har någon större möjlighet att kontrollera åberopandenas sanningsenlighet vid medgivande, erkännande och tredskodom, förefaller det inkonsekvent att ålägga parterna att åberopa men ej att bevisa, därest man verkligen vill få fram sanningen. Antag, att käranden kan åberopa tvenne alternativa moment i grunden för sitt yrkande,[194] varav det ena är lätt att styrka, medan det andra är ganska ovisst och på sin höjd kan styrkas genom en omständlig vittnesbevisning. Antag vidare, att svaranden har dåliga affärer, och att det gäller för käranden att snabbt få en exekutionstitel. Käranden, en samvetsgrann man, följer nogsamt lagens bud och åberopar båda de alternativa momenten. Däremot förebringar han ingen bevisning för det svårbevisade momentet. Då domstolen vill inkalla vittnen, motsätter sig först svaranden detta i sitt eget intresse, vidare även käranden, vilken enligt doktrinen därigenom ingalunda bryter mot någon rättsplikt. I detta läge kan en österrikisk domstol icke ex officio inkalla vittnen.[195] Hur det i verkligheten förhållit sig med det svårbevisade momentet kan därför aldrig ut-

[188] Se Fasching II s. 36 f.
[189] När detta kapitel avlämnas till tryckning, finnas några uttalanden av Fasching om bevisbördans fördelning ännu ej tillgängliga.
[190] Se Fasching I s. 835 och II s. 36.
[191] Se citatet ovan s. 160.
[192] Se Fasching I s. 848.
[193] Se Pollak s. 481, Neumann s. 773 och Fasching I s. 846 f. Sperl, som synes lägga större vikt vid förhandlingsprincipen än de övriga, uttrycker sig försiktigare (se Sperl s. 358 ff. och 373 ff.).
[194] Eller två alternativa grunder för en och samma rättighet. I regel vill man nämligen ej tillåta domstolen att bifalla kärandens yrkande på en icke åberopad alternativ grund, därest detta skulle innebära ett fastställande av en annan rättighet än den käranden gjort gällande (se t. ex. Sperl s. 377).
[195] ÖZPO § 183 st. 2.

redas i målet. Det praktiska resultatet blir detsamma, som om käranden aldrig åberopat momentet ifråga. Det förefaller därför icke ändamålsenligt att ålägga part att framställa ett åberopande, utan att man samtidigt skapar garantier för att detta fyller någon funktion i målet.

Vidare skulle fullständighetsplikten, konsekvent tillämpad, leda till att varje mål bleve synnerligen omfångsrikt. Man synes vanligen i doktrinen ha förbisett, att det icke räcker med att parterna åberopa samtliga de rättsfakta, som faktiskt inträffat. Av omedelbar betydelse för utgången av varje mål är nämligen också, att ett stort antal rättsfakta *icke* förelegat, t. ex. allehanda ogiltighetsgrunder. För att konstatera existensen av kärandens rättighet, vilket skulle vara domstolens uppgift, skulle domstolen egentligen behöva fastställa, att inga ogiltighetsgrunder förefinnas. Detta måste i så fall åberopas och styrkas i målet. Svaranden får icke förutsättas erkänna icke-existensen »en bloc», ty denne har därvid sin sanningsplikt att fylla. Och med denna är det strängt taget icke förenligt, att svaranden erkänner något, varom han ingenting vet, t. ex. icke-svek av käranden. Konsekvensen av fullständighetsplikten blir icke sanning utan kaos.

Som framgått av de här ovan refererade åsikterna vill man ofta ej heller tillämpa fullständighetsplikten konsekvent.[196] Men därmed har den förlorat en stor del av sin avsedda funktion. För att käranden skall åberopa en bärkraftig grund av »rättsgrundande» omständigheter behövs i regel icke att man ålägger honom en (osanktionerad!) rättsplikt. Detta resultat åstadkommes redan därigenom, att det ligger i kärandens intresse att åberopa. Försåvitt en sådan förpliktelse kunde sanktioneras på något rimligt sätt, vore det däremot någon mening i att ålägga käranden en förpliktelse att omtala, att han t. ex. förfarit svikligt mot svaranden. Men detta slipper käranden enligt somliga österrikiska författare. Därigenom blir fullständighetsplikten väsentligen ett vackert men verklighetsfrämmande och tomt begrepp, som man lämpligen kan avvara. Att RB icke innehåller någon bestämmelse om fullständighetsplikt har således goda skäl för sig.

### *3. Frankrike*

Någon motsvarighet till RB 17: 3 p. 2 finnes ej i fransk lag. I den franska doktrinen har åberopsbördan icke heller ägnats nämnvärd uppmärksamhet förrän på senare år.[197]

Bedömningen av åberopandenas roll i den franska civilprocessen försvåras i viss mån därav, att man här rör sig med begrepp, vilkas innehåll kan tän-

[196] Se utöver tidigare citerade uttalanden Wolff s. 232 och 273 f. Jfr även Lent: Wahrheitspflicht s. 46 ff.

[197] Förtjänsten av att ha påvisat åberopsbördans betydelse tillkommer främst Motulsky genom hans avhandling »*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*» (1948).

kas avsevärt avvika från de närmaste svenska motsvarigheternas.[198] I en svensk stämningsansökan skall käranden angiva yrkande och grund. Men en fransk *demande,* något som väl närmast kan översättas med »kärandens talan» i det allmänna språkbrukets vaga betydelse, skall innehålla ett *objet* och en *cause*. Att klarlägga innebörden av dessa senare termer är förenat med vissa svårigheter på grund av de skiftande åsikter härom, som framförts i den franska doktrinen.

Vad först angår *l'objet,* synas Glasson och Tissier därmed förstå innehållet i det begärda domslutet.[199] Och Morel anför:

»*L'objet* de la demande, c'est la mesure que l'on demande au juge, reconnaissance d'un droit, établissement d'une situation nouvelle (divorce, séparation de biens), condamnation du défendeur, mesure provisoire, etc. C'est, en un mot, la *prétention* du demandeur.»[200]

Detta kunde man tro vara detsamma som yrkandet, liksom då Cornu och Foyer framhålla: *L'objet,* »c'est la *chose demandée*».[1] De senare varna emellertid för missförstånd och precisera:

»La chose ne désigne pas ici un bien matériel, une chose corporelle, mais *le droit* ou l'avantage prétendu sur celle-ci».[2]

Möjligen kan Morel tänkas ha menat något liknande, särskilt som han sätter likhetstecken mellan *objet* och den tyska civilprocessens *Anspruch*.[3] Dock tyda ordalagen snarast på att Morel avsett att definiera *l'objet* som innehållet i kärandens yrkande. *Prétention* skulle då kunna översättas med »det som begäres».[3a] Och vad Cornu och Foyer beträffar, giva dessa ett exempel, som synes visa, att även deras nyss citerade förtydligande lätt kan missförstås. En talan om *rei vindicatio* säges sålunda ha till *objet* domarens *fastställande* av äganderätten till fastigheten, således icke fastigheten själv men ej heller enbart äganderätten.[4] Någon mera betydande skillnad i sak mellan de här nämnda författarna skulle icke ha förelegat, därest icke Cornu och Foyer längre fram återfallit i påståendet att själva rättigheten vore *objet*.[5] Liknande åsikter saknas icke hos andra författare.

[198] Jfr Ekelöf: Ändring av talan s. 31 f.
[199] Se Glasson—Tissier I s. 465 (nr 189) jfrt med s. 430 (nr 176).
[200] Morel s. 287 (nr 348). Så även Zarzycki s. 65.
[1] Cornu—Foyer s. 367 och 402.
[2] A. a. s. 403, kurs. här.
[3] Se Morel a. st. not 1. Frågan blir då vad Morel menat med *Anspruch,* om han räknat med ett materiellrättsligt eller ett processrättsligt sådant. I det senare fallet kan Morels åsikt tänkas vara väsentligen överensstämmande med Motulskys, varom se nedan vid not 9.
[3a] Möjligen menar Morel dock, att själva yrkandet är *objet*. Uteslutet är ej heller, att hans definition glider mellan yrkandet å ena och dess innehåll å andra sidan.
[4] Se Cornu—Foyer a. st.: »la reconnaissance par le juge de la propriété de l'immeuble».
[5] Se a.a. s. 410.

Sålunda framhåller AZARD, hurusom *l'objet* innehölle dels ett materiellt moment, dels ett »rent juridiskt». Med det förra synes AZARD avse föremålet för kärandens yrkande. Det senare vore den rättighet till föremålet, vilken käranden önskade få erkänd av domstolen.[6] Avgörande för identiteten av *l'objet* skulle därför vara — utom att käranden yrkade samma sak[7] — att den ifrågavarande rättigheten vore densamma.[8]

MOTULSKY definierar *l'objet* som »*l'ensemble des faits dont la traduction juridique reflète les prétentions des parties*».[9] Formuleringen synes dunkel. I likhet med MOREL översätter MOTULSKY termen *prétention* med tyskans *Anspruch,* men han betonar, att en *prétention* icke nödvändigtvis måste givas någon viss juridisk beteckning. Möjligen kan MOTULSKY ha tänkt sig begreppet *Anspruch* rent processrättsligt på liknande sätt som ROSENBERG,[10] varvid detta i själva verket skulle utgöras av kärandens yrkande.[11] MOTULSKYS mening synes nämligen vara att framhålla, hurusom *l'objet* alltid hänförde sig till någonting konkret, icke till ett abstrakt juridiskt begrepp.[12] I skadeståndsmål avsåge sålunda *l'objet* eller *la prétention* icke det abstrakta begreppet skadestånd utan betalandet av en summa pengar.[13] Vad MOTULSKY avser synes alltså i själva verket vara innehållet i parternas yrkanden.

Det senaste definitionsförsöket härrör från GILLI, vilken i *l'objet* vill innefatta icke blott yrkanden och rättspåståenden utan även åberopade grunder.[14]

I själva verket synes det ofrånkomligt, att kärandens yrkande ingår i *l'objet*. Yrkandet måste givetvis alltid angivas i en nutida process. Men detta utsäges icke direkt i den franska civilprocesslagen. I stället talas om angivandet av *l'objet*.[15] Den skrift, varigenom svaranden först får del av käromålet, *l'assignation,* skall sålunda giva upplysning om *l'objet*.[16] Att yrkandet ingår

[6] Se AZARD s. 10. Jfr även GILLI s. 21 och 96 f.
[7] Härom se AZARD s. 11 ff.
[8] Se a. a. s. 14 ff.
[9] Se MOTYLSKY: Allégation s. 361.
[10] Se ROSENBERG: Lehrbuch § 83 II 2: Anspruch = »das auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete *Begehren,* das durch den gestellten Antrag gekennzeichnet wird».
[11] Jfr SCHWAB s. 183 ff., till vilken ROSENBERG anslutit sig (se ROSENBERG a. a. s. 414 f. not 2).
[12] För tysk rätts del förfäktades en liknande åsikt redan av GÖNNER, som framhåller (s. 181): »Den Kunstnamen der Klage oder des Rechtstitels anzuführen, ist weder nothwendig, noch nützlich, noch gewöhnlich, selbst wenn aus einer Faktum verschiedene Klagen zur verschiedenen Zwecken (wie der Fall bei Injurien ist) entspringen, wird die eigentlich angestellte Klage durch ein genau bestimmtes Petitum besser ausgezeichnet.»
[13] Se MOTULSKY a. a. s. 361.
[14] Se GILLI s. 96 f. Jfr nedan s. 171.
[15] Detta sätt att uttrycka sig torde vara ett arv från den romerska civilprocessen. I legisactionsprocessen förekom intet yrkande och ej heller i formularprocessen *apud iudicem.* Däremot kunde man naturligtvis i det senare fallet hos pretorn yrka att få en formula med visst innehåll.
[16] Se MOREL s. 357 (nr 441).

däri måste nog hållas för visst. Men därutöver kunde ju också tänkas ingå ett rättspåstående.[16a] Eftersom det är ostridigt, att en fransk domstol icke kan ex officio förändra ett civilmåls *objet,*[17] skulle kravet på ett rättspåstående innebära, att domstolen icke finge döma över annat än just den rättighet, som gjorts gällande. Att en sådan begränsning skulle vara särskilt eftersträvansvärd förefaller osannolikt. Dels skulle denna medföra vissa svårigheter att fastställa de olika rättigheternas identitet, och dels är den franska domstolens prövningsrätt redan på annat sätt så begränsad, att det kan betvivlas, att en ytterligare begränsning till viss rättighet skulle ha någon större uppgift att fylla. Domstolen är nämligen också bunden till de *causes,* vilka parterna åberopat.[18] Dessutom anses parterna ha förmåga att, om de så vilja, bestämma, att domstolen skall bedöma endast en viss juridisk aspekt på frågan,[19] t. ex. huruvida svaranden är betalningsskyldig enligt en viss rättsregel.

Vad härefter angår *la cause,* förtjänar det framhållas, att även svaranden anses ha en *cause.* Man talar sålunda om *cause de l'exception*[20] eller *cause de libération.*[21] Två huvuduppfattningar om innebörden av denna term kunna anföras. Enligt den ena meningen består *la cause* av rättsfakta,[22] enligt den andra av en rättsregel eller en rättslig princip.

Den förra åsikten företrädes av författare med sinsemellan rätt starkt avvikande meningar. Den som står tysk och skandinavisk rätt närmast är Motulsky. Enligt denne utgöres *la cause* av »*les éléments générateurs du droit subjectif*».[23] Härmed avses rättsfakta.[24] Men som vi senare skola närmare behandla,[25] behöver käranden enligt Motulsky icke åberopa samt-

[16a] Jfr TVL § 300 st. 1 mom. 2 och 3, enligt vilket stadgande en norsk stämningsansökan skall innehålla uppgift både om »det krav, som saksøkeren gjør gjældende» och »den paastand, han nedlægger».

[17] Se Glasson—Tissier I s. 469 (nr 191), Morel s. 290 f. (nr 352) och Cornu—Foyer s. 367 och 404.

[18] Om betydelsen härav i detta sammanhang se å ena sidan Motulsky a. a. s. 367 och å den andra Azard s. 24.

[19] Se Motulsky a. a., s. 367 f. Detta behöver ej innebära detsamma som att domstolen är bunden till visst rättspåstående, en bundenhet som åstadkommes av käranden ensam. Orsaken synes vara, att en och samma rättighet ibland kan tänkas grundad på flera, sinsemellan alternativa sakförhållanden, vilka var för sig utgöra rättsfakta i skilda rättsregler.

[20] Så Gilli s. 28 f. Se även Aubry—Rau XII s. 440. Termen *exception* tages här tydligen i en vidsträcktare betydelse än som strängt taget tillkommer den enligt CPC, där densamma begränsats till att omfatta vissa invändningar av processuell art. Svarandens förnekanden, påståenden om motfakta och rättsinvändningar kallas *défenses au fond* (se Glasson—Tissier I s. 573 ff. (nr 227) och Morel s. 49 ff. (n:ris 46 och 48). Jfr dock Motulsky: Principes s. 123 ff.

[21] Så Glasson—Tissier—Morel III s. 103 (nr 774).

[22] Åtminstone till väsentlig del. Blandformer av de två huvuduppfattningarna förekomma, se t. ex. Cornu—Foyer s. 405 och 410 f. Se vidare Gilli s. 55 ff.

[23] Se Motulsky: Allégation s. 363.

[24] Se Motulsky: Principes s. 73 ff.

[25] Se nedan s. 177.

liga rättsfakta,[25a] vilka utgöra förutsättningar för uppkomsten av kärandens rättighet. Detta skulle i viss mån — men ingalunda alltid — sammanhänga med åberopsbördans fördelning. Endast i undantagsfall hade nämligen svaranden ålagts åberopsbördan beträffande »rättsgrundande» omständigheter. I andra fall, där käranden icke behövde uttryckligen åberopa sådana, finge det förutsättas, att han stillatigande framställt åberopanden därom. Under sådana omständigheter får man väl antaga, att MOTULSKY menar dessa tyst åberopade rättsfakta ingå i *la cause*.

Även enligt GLASSON och TISSIER består *la cause* av rättsfakta men synbarligen inom en snävare ram än hos MOTULSKY:

La cause est ici, suivant la formule traditionnelle, le fait juridique qui sert de fondement *immédiat* à la demande; elle se distingue des moyens de droit ou de fait invoqués pour justifier la demande. C'est un contrat, un quasi contrat, un délit, un quasi délit ou une disposition de la loi.»[26]

Detta är vad som i den romerska rätten kallades *causa proxima actionis* och motsvarar ingalunda vad man i svensk rätt skulle uppfatta som grunden för kärandens yrkande. *La cause* är här rättighetens uppkomstgrund.[27] En köpares yrkande om utfående av det försålda godset har sålunda samma *cause* som ett yrkande om nedsättning av köpeskillingen vid fel eller brist, nämligen köpeavtalet. De rättsfakta, som icke ingå i någondera partens *cause,* anses som *moyens* och jämställas med bevisfakta och rättssatser.

Härefter komma vi till den andra huvuduppfattningen, enligt vilken *la cause* skulle utgöras av en rättsregel eller en rättslig princip.

Utgående från en av René SAVATIER framförd åsikt definierar ZARZYCKI *la cause* som den av käranden åberopade rättsregeln. Dock kunde icke vilken rättsregel som helst tjäna som *cause*; det måste vara fråga om en *règle de fond*.[28] Somliga andra rättsregler vore endast *présomptions,* medel *(moyens)* att ådagalägga en *règle de fond*.[29]

Icke mycket avvikande är i själva verket den åsikt, som går ut på att *la cause* vore en juridisk princip. Åsikten företrädes bland andra av AZARD och GILLI. Den förre definierar *la cause* som »*le principe juridique en vertu*

[25a] MOTULSKY räknar ej med rättshindrande fakta som en särskild grupp. Detta begrepp synes för övrigt aldrig ha blivit allmänt accepterat i fransk rätt. Se a. a. s. 100 f.

[26] GLASSON—TISSIER I s. 466 (nr 189), kurs. här. Jfr även GLASSON—TISSIER—MOREL III s. 100 ff. (nr 774). Liknande MOREL s. 287 f. (nr 348). Jfr även AUBRY—RAU XII s. 440 (§ 769).

[27] Jfr AUBRY—RAU XII s. 441 not 87, GAIUS III: 88 och LEVY s. 80 ff. (dock endast beträffande obligationsrättigheter). För den romerska rättens del lämnar LEVY följande belysande uttalande (s. 83): »Die causa actionis ist also der Grund nicht des Zustehens, sondern des Entstehens einer actio.»

[28] Se ZARZYCKI s. 56 ff. och SAVATIER i Dalloz 1928: 1 s. 153.

[29] Se ZARZYCKI s. 58. Emellertid talar denne ibland på ett oklart sätt om att *la cause* även skulle utgöra ett »*fait juridique*» (se t. ex. a. a. s. 67).

*duquel le plaideur réclame l'objet de la demande*».[30] Och enligt den senare är *la cause* »*le principe juridique spécial sur lequel est fondée la demande par l'intermédiaire du texte invoqué*».[31] ZARZYCKI å ena sidan och AZARD och GILLI å den andra ha det gemensamt, att de vilja giva *la cause* en juridiskt kvalificerad prägel.[32] Därigenom förelägges domstolen »*un problème juridique bien défini*»,[33] och denna fråga blir sålunda ett — ehuru icke exklusivt[34] — kriterium på vad man i svensk rätt skulle kalla »sakens» identitet. Medlet att åstadkomma detta måste vara att anknyta till rättsreglerna.[35] Emellertid skulle rättskraften alltför mycket inskränkas, därest varje rättsregel vore en *cause*. Det gäller därför att finna något begrepp, som är tillräckligt vitt för att inbegripa ett flertal varandra närstående rättsregler men samtidigt icke så omfattande, att domens rättskraft och möjligheterna att ändra talan alltför mycket utsträckas.[36] Det torde vara mot denna bakgrund som man bör se uppställandet av begreppen *règle de fond* och *principe juridique spécial,* ehuru det förra begreppet givits en motivering av annat slag, vilken emellertid ej förefaller särskilt övertygande.

Det skulle ej förvåna, om detta framhävande av den juridiska kvalifikationen hos *la cause* ytterst hade sin grund i det romerskrättsliga aktionssystemet. En konsekvens är i båda fallen gemensam, nämligen att en betydande rättskunskap kräves av parterna. Visserligen råder det advokattvång i en fransk ordinär civilprocess.[37] Men det bör uppmärksammas, att motsvarande icke gäller det stora antal mål, som upptagas av fredsdomare och handelsdomstolar.[38]

Enligt ZARZYCKIS och AZARDS uppfattningar synas samtliga rättsfakta vara att hänföra till *moyens*. Dessa definieras av den förre som »*les éléments qui concourrent à constituer (la cause) ou à en justifier l'existence*».[39] Och AZARD anför:

»Les moyens . . . servent simplement à démontrer le bien fondé de la cause. Ce sont les arguments, innombrables, mélangés fréquemment de fait et de droit,

[30] Se AZARD s. 25.
[31] Se GILLI s. 99.
[32] GILLIS kritik av åsikten att *la cause* skulle bestå av rättsfakta går främst ut på att en sådan *cause* icke skulle vara »*juridique*». Att egenskapen *juridique* är nödvändig förutsätter GILLI synbarligen a priori. Några egentliga argument framföras nämligen ej, utan GILLI nöjer sig med fraser som »c'est l'évidence même» (se a. a. s. 77). Därigenom hänger hela GILLIS avhandling på ett egendomligt sätt i luften. Något liknande kan i själva verket också sägas om AZARD, ty denne uppställer utan diskussion sin definition av *la cause*.
[33] Se AZARD s. 31.
[34] Ett annat är *l'objet*.
[35] Se GILLI s. 67.
[36] Se a. a. s. 90 f.
[37] Se MOREL s. 163 (nr 176) och EKELÖF: Rättegång I s. 164. Jfr AZARD s. 143.
[38] Se MOREL s. 412 (nr 512).
[39] ZARZYCKI s. 67.

qui relient le litige abstrait, défini par l'objet et la cause, aux éléments particuliers du débat. La cause a donc essentiellement un caractère général et comprend en puissance tous les moyens qui seront employés pour la soutenir, à condition que ceux-ci ne changent point le caractère juridique du débat. Le caractère de généralité de la cause est sa principale caractéristique; il s'oppose à la subjectivité plus marquée des moyens, variant dans une certaine mesure avec chaque litige.»[40]

Enligt Azard och Zarzycki innefattar *la cause* alltså *les moyens*.[41] Ehuru de icke utföra resonemanget närmare, måste det väl i den »grundregel» eller princip, som utgör *la cause,* vara rättsfaktumsdelen och icke rättsföljdsdelen, som innefattar *les moyens*. Detta tänkes synbarligen ske på samma sätt som en abstraktion innefattar en mängd konkreta företeelser av ett visst slag. Vidare synas dessa författare förutsätta, att *les moyens* påverka identiteten av *la cause*.[42] Dock kunna väl rena bevisfakta icke tilläggas en sådan verkan.

En helt annan åsikt har Gilli. Denne uttalar, att *les moyens* icke kunna tjäna som identitetskriterier.[43] Därmed ställes han inför en svårighet, som Azard och Zarzycki undgått. Antag, att käranden tilldömts yrkade 1 000 francs på grund av en försträckning år 1959. Därefter väcker han ny talan mot samme svarande och yrkar ånyo 1 000 francs men på grund av en ny försträckning år 1960. Efter som *les moyens* enligt Azard och Zarzycki torde inverka på identiteten av *la cause*, kunde dessa göra gällande, att de två käromålen ha olika *causes*.[44] Men enligt Gilli måste det i båda fallen röra sig om en och samma *cause*. Nu vill Gilli naturligtvis icke betrakta kärandens senare talan som res judicata. Men någon skillnad med avseende på *cause* kan han icke antaga. Följaktligen måste skillnaden bestå däri, att *l'objet* är ett annat. En möjlighet hade väl här varit att anse en ny rättighet ingå i *l'objet*.[45] Men Gilli väljer en annan utväg. Han förklarar, att »*les faits soumis au juge*» utgöra en del av *l'objet*.[46]

På detta vis flyttar Gilli över den väsentliga problematiken kring *la cause* till begreppet *l'objet*.[47] Därmed synes han också ha berövat *la cause* en avsevärd del av dess betydelse. Om *l'objet* innehåller såväl yrkande och rättsfakta som den rättighet käranden gör gällande, blir redan därigenom dom-

[40] Azard s. 31.
[41] Azard (a. st.) säger vidare, att »les moyens doivent être contenus dans la cause» och »la cause englobe les moyens».
[42] Detta synes framgå av uttalanden hos Zarzycki s. 68 och s. 168 samt hos Azard a. st.
[43] Se Gilli s. 24: »à aucun moment le juge ne recherchera s'il y a entre deux demandes distinctes une identité de moyens afin de conclure à une identité de demandes».
[44] Jfr i detta sammanhang Azard s. 24.
[45] Möjligen är det i själva verket så, som Azard resonerar (se a. st.).
[46] Se Gilli s. 97.
[47] Se a. a. s. 98 med not 46.

stolens prövningsrätt så kringskuren, att den ytterligare begränsningen till *la cause* knappast torde spela någon mera dominerande roll. Mera sällan torde domstolen kunna finna en icke åberopad rättssats, som ej går utöver den ram, vilken bestämts genom åberopade rättsfakta och rättigheter.[48] I res-judicatafrågan kommer väl *la cause* enligt GILLI att få en viss betydelse som en ytterligare *begränsning* av rättskraften. Om man definierar *la cause* som en sorts rättsprincip, blir nämligen konsekvensen, att en part kan få en ogillad talan upptagen till prövning i ny rättegång, försåvitt han blott kan uppleta en rättsregel, som faller under en annan dylik princip än den som gjorts gällande i den första rättegången. Någon utvidgning av rättskraften på grund av att en mycket allmän princip uppställts som *cause* kan det däremot knappast bli tal om, eftersom rättskraften icke kan överskrida de gränser, som bestämmas av *l'objet*.[49] Funktionen hos begreppet *la cause* enligt GILLI kan därför i nu ifrågavarande hänseende knappast bli annan än att inskränka rättskraften på ett sätt, som synes stå i mindre god överensstämmelse med rättskraftens ändamål.[50]

Den här företagna granskningen av begreppen *objet* och *cause* kan möjligen ha förefallit ligga utom ramen för denna avhandling. Granskningen har emellertid varit nödvändig av följande skäl. Somliga författare, t. ex. AZARD,[51] anse nämligen, att en fransk domstol i tvistemål kan grunda domen på icke åberopade *moyens,* i den mån som detta ej medför, att *l'objet* och *la cause* ändras. För att kunna bedöma innebörden av denna åsikt är det nödvändigt att veta, vad som avses med de tre nämnda begreppen. Om varken *l'objet* eller *la cause* anses till någon del bestå av rättsfakta, blir tyd-

[48] Jfr MOTULSKY: Allégation s. 366.

[49] Därmed faller ett av GILLIS argument för att *la cause* måste vara »un principe spécial». Icke heller det andra, nämligen att domstolen med en vittomfattande *cause* finge alltför stora möjligheter att ex officio beakta *moyens,* är särskilt bärkraftigt. Härvidlag begränsas nämligen domstolens prövningsrätt av *l'objet,* vari rättsfakta och rättigheter enligt GILLI ingå (se GILLI s. 90 ff.).

[50] Dessutom kunde GILLIS tes tänkas resultera i en mindre lycklig begränsning av litispendensen. Kunde icke två yrkanden om samma sak och på väsentligen samma grund bliva föremål för samtidiga men skilda rättegångar, därest käranden i de båda målen åberopade olika juridiska »principer», t. ex. 1) vållande och 2) strikt ansvar? (Jfr GILLI s. 137 f.) Jo, visserligen, men enligt fransk rätt utgör detta inte ett så stort problem. I en fransk civilprocess kan nämligen resas icke blott invändning om litispendens utan även en *exception de connexité.* Denna kan medföra, att domstolen överflyttar målet till en annan domstol, där rättegång pågår mellan parterna. För *connexité* kräves icke identitet till *objet* och *cause,* utan domstolen bedömer, huruvida målen stå varandra så nära, att de lämpligen böra prövas tillsammans. Detta synes vara en praktisk anordning, som nog kunde beaktas av lagstiftaren här i landet. Se närmare MOREL s. 254 f. (n:ris 301—303) samt GLASSON—TISSIER I s. 722 ff. (nr 278). Se även EKELÖF: Interventionsgrunden s. 251 f. GILLIS teori skulle dock i det fallet medföra olägenheter, att motparten icke framställde någon invändning om *connexité.*

[51] Se AZARD s. 29 f. och 38.

ligen konsekvensen därav, att sådana alltid äro *moyens* och således med den nyssnämnda begränsningen kunna beaktas ex officio av domstolen.[52]

Frågan blir då först vad AZARD menar med att *beakta ex officio*. Härpå lämnas intet svar. Avser han, att domstolen kan ex officio *införa* rättsfakta, eller blott att den får till grund för domen lägga sådana, vilka ej åberopats men väl införts i målet på annat sätt än genom domstolens egen försorg? För det förra antagandet talar i viss mån AZARDS uttryckssätt (»suppléer»). Emellertid torde en sådan tolkning knappast vara riktig. Den skulle alltför mycket strida mot den i fransk civilprocess fundamentala principen om »*la neutralité du juge*».[53] Visserligen har domaren enligt CPC ganska stora befogenheter att införskaffa bevisning,[54] och han kan föreskriva, att parterna skola inställa sig personligen,[55] varvid dessa kunna utfrågas bland annat med avseende på åberopandena.[56] Enligt MOTULSKY har emellertid befogenheten att ex officio inkalla vittnen endast sällan utövats,[57] och föreläggande om personlig inställelse lär i regel tillgripas blott i mål om statusfrågor, särskilt faderskapsmål.[58] Vid sådant förhållande torde man kunna utgå från att en fransk civildomstol anses vanligen icke böra taga några initiativ till att *införa* rättsfakta. Frågan om sådana få beaktas ex officio torde därför i regel blott avse de rättsfakta, vilka — utan att ha blivit åberopade — införts i målet på annat sätt än genom domstolens egen försorg.

AZARD anser sålunda, att dylika rättsfakta utan vidare få läggas till grund för domen. ZARZYCKI däremot menar, att endast vad som här kallats indispositiva moment[59] samt rättssatser finge beaktas av domstolen utan åberopande.[60] GILLIS inställning synes en smula osäker. Visserligen framhäver

[52] Detta har icke beaktats av DUNAND, som ej heller uppdagat betydelseskillnaden mellan olika författare i vad avser *la cause* (se t. ex. DUNAND s. 108 ff.). Överhuvudtaget måste nog DUNANDS teser om den franska rätten tagas med viss försiktighet.

[53] Härom se MOREL s. 378 (nr 471) och GLASSON—TISSIER II s. 656 f. (nr 593).

[54] Se särskilt CPC art. 254.

[55] Se CPC art. 324 jämfört med art. 336.

[56] Se MOTULSKY: Allégation s. 374.

[57] Se a. a. s. 357 ävensom GLASSON—TISSIER II s. 760 (nr 648). — Befogenheten för domstolen att inkalla vittnen är begränsad därav, att vittnesbevisning i förmögenhetsrättsliga frågor är tillåten endast i mål rörande mindre värden (se MOREL s. 392 (nr 488)). Ang. handelsdomstolarna se dock a. a. s. 414 f. (nr 517). Det förtjänar vidare omnämnas, att de fakta, varöver vittne skall höras, skola vara noggrant preciserade (se a. a. s. 393 (nr 489)), och att vittnet i princip icke får yttra sig över annat, liksom ej heller domstolen anses böra utfråga vittnet i andra avseenden (se närmare GLASSON—TISSIER II s. 798 f (nr 671) och jfr MOREL s. 401 (nr 500)).

[58] Se MOTULSKY a. a. s. 375.

[59] Se ovan s. 67 f.

[60] ZARZYCKI s. 68: »Les juges . . . sont libres de fonder leur décision sur un moyen plus juridique, à leur avis, que celui proposé par les parties, à la condition, toutefois, que ce moyen auquel en appelle le Tribunal soit d'ordre public, un moyen de pur droit appuyé sur un point de fait débattu par les parties». Jfr a. a. s. 151.

han vådorna av att domstolen finge lägga icke åberopade rättsfakta till grund för domen.[61] Men detta hävdas i en kritik av andra författare och därvidlag som argument icke för att dessas uppfattning vore felaktig men väl för att den skulle leda till olämpliga resultat. Därmed synes Gilli — åtminstone resonemangsvis — acceptera åsikten, att rättsfakta kunna beaktas utan åberopande. Senare gör han emellertid gällande, att desamma ingå i *l'objet*.[62] Och då detta icke får ändras av domstolen, borde konsekvensen bliva, att i princip blott åberopade rättsfakta få läggas till grund för domen.[63]

Vi övergå härefter till de författare, vilka anse, att rättsfakta åtminstone delvis ingå i *la cause*. I motsvarande mån kräves då också åberopande av part för att domstolen skall få grunda domen därå.[64] Glasson och Tissier synas kräva, att rättsfakta *alltid* skola åberopas,[65] och de framhålla, att domstolen visserligen ägde att i viss mån införskaffa bevisning ex officio, men att den därvidlag hade att hålla sig till de omständigheter, som parterna åberopat.[66] Morel uttalar samma uppfattning men anmärker ett rättsfall, enligt vilket domstolen skulle vara oförhindrad att grunda domen på införda men icke åberopade fakta, därest detta icke skulle innebära en ändring av talan.[67]

Detta rättsfall och ytterligare ett par andra med liknande innehåll noteras även om Motulsky.[68] Som tidigare framhållits,[69] anser denne, att *la cause* består av rättsfakta. Domstolen får icke beakta någon annan *cause* än som åberopats. Emellertid är det tydligt, att icke varje förändring i materialet av rättsfakta medför, att *la cause* blir en annan. Det kunde därför tänkas, att domstolen inom ramen för en och samma *cause* hade en viss möjlighet att beakta icke åberopade rättsfakta. Med hänsyn till de nyssnämnda rättsfallen finner sig Motulsky böra acceptera en sådan möjlighet. Men han menar, att hänsynen till att icke överrumpla motparten krävde, att domstolen icke finge utnyttja en sådan befogenhet i alltför stor utsträckning. En lämplig begränsning finner Motulsky vara, att domstolen finge lägga införda men ej åberopade omständigheter till grund för domen endast i den

[61] Se Gilli s. 91.
[62] Se a. a. s. 97. Huruvida detta även gäller svarsfakta framgår ej.
[63] Gilli berör dock ej frågan om i vilken mån förändringar i materialet av åberopade rättsfakta skola anses medföra, att *l'objet* blir ett annat. För vissa exempel se a. a. s. 159.
[64] Se Morel s. 290 f. (nr 352) och Glasson-Tissier I s. 469 (nr 191).
[65] Se a. a. II s. 656 f. (nr 593). Dessa författare synas mena, att svarsfakta utgöra *moyens*. Se särskilt I s. 574 (nr 227): Svaranden kan »invoquer un *moyen* qui paralyse le droit allégué», t. ex. preskription (kurs. här).
[66] Se a. a. II s. 658.
[67] Se Morel s. 378 f. (nr 471) och s. 290 f. (nr 352). Även enligt Morel synas svarsfakta utgöra *moyens* (se s. 49 f. (nr 46)).
[68] Se Motulsky: Allégation s. 372 med not 62.
[69] Se ovan s. 168.

mån, som dessa kunde anses falla in under rättsfakta i den rättsregel, vilken blivit »*mise en jeu*».[70]

Inför denna tes uppställa sig flera frågor. Har Motulsky möjligen avsett, att rättsregeln skulle vara ett kriterium på identiteten av *la cause*? Vissa formuleringar kunde tyda på detta.[71] Men samtidigt levererar Motulsky en kritik av ett rättsfall, vilken väl icke låter sig förenas med en sådan teori.[72] Han framhåller härvid, att domstolen borde bedöma åberopade rättsfakta ur alla tänkbara juridiska synvinklar, oavsett om samtliga dessa varit på tal under rättegången.[73] Om parterna blott tvistat om ett kontraktsansvar men åberopade rättsfakta kunde tänkas medföra ett utomobligatoriskt ansvar, borde domstolen pröva också detta. Men något sådant måste väl innebära, att domstolen tillämpar en annan rättsregel än parterna räknat med. Enligt Motulsky kan det i detta fall icke vara fråga om ändring av *cause*. I så fall kan rättsregeln ej heller vara identitetskriterium.

En annan möjlighet vore visserligen att låta rättsregeln fylla denna funktion endast då det vore aktuellt att pröva, huruvida domstolen finge ta hänsyn till icke åberopade rättsfakta. Emellertid medför detta en svårighet. Antag, att domstolen finner, att ett infört men ej åberopat rättsfaktumsmoment har omedelbar betydelse för utgången av målet. Samtidigt menar domstolen, att en rättsregel, vilken parterna ej fört på tal, är tillämplig. Om det nu förhåller sig så, att momentet ifråga har omedelbar betydelse endast enligt den regel, som domstolen vill tillämpa, låter det ju säga sig, att momentet därigenom kommer att få en särskilt stor vikt, och att motparten därför ej bör betagas möjligheten att försvara sig i detta hänseende. Men antag, att momentet skulle ha haft omedelbar betydelse, även om domstolen tillämpat den av parten avsedda rättsregeln. Då kan det å ena sidan synas irrationellt att låta beaktandet av detta enda moment medföra, att domstolens möjligheter att tillämpa andra rättsregler begränsas, särskilt om momentet ej enligt någondera rättsregeln har dominerande betydelse. Men å andra sidan kanske motparten icke räknat med att momentet ifråga kunde ha betydelse även enligt någon annan rättsregel än den som varit på tal, och han kan därför bli lika överrumplad av domen som i det fallet, att momentet saknar

[70] Se a. a. s. 372.

[71] Se a. a. s. 363 f.

[72] Rättsfallet, Sirey 1954: 2. 49 (referat efter Motulsky), hade följande innehåll: En numrerad utgåva av en författares samlade verk hade av förlaget avbrutits, innan samtliga volymer utkommit. En köpare instämde då förlaget med yrkande om utfående av resterande volymer och skadestånd. Som grund åberopades bland annat köpet av de utkomna delarna jämte förlagets förfarande att utbjuda upplagan i numrerat och i övrigt speciellt skick, vilket finge anses ha medfört, att avtal uppkommit mellan parterna avseende samtliga delar. Domstolen fann, att något avtal ej kunde anses ingånget, men tillade, att förlagets förfarande måhända kunnat konstituera »une faute quasi-délictuelle». Då käranden emellertid ej inriktat diskussionen på detta område, ogillades hans talan.

[73] Med visst undantag, varom se ovan s. 168.

relevans enligt den omdebatterade rättsregeln. Motparten kan ju på goda grunder ha ansett, att den diskuterade rättsregeln icke varit tillämplig,[74] varför han invaggat sig i säkerhet och icke fäst nämnvärd uppmärksamhet vid ett parentetiskt omnämnande av rättsfaktumsmomentet från motparten. Man kan väl också tänka sig det fallet, att momentet icke har samma dominans i de olika rättsreglerna. Antag exempelvis, att omständigheten enligt den regel, som varit på tal, utgör ett tämligen harmlöst alternativt moment i svarandens vållande, medan densamma enligt den av domstolen tillämpade regeln förmår att grunda ansvar oberoende av culpa. I detta fall föreligger väl lika stor möjlighet för att svaranden överrumplas av en dom enligt den senare regeln som när omständigheten överhuvudtaget icke hade relevans enligt den förra regeln.

En svårighet för den som accepterar Motulskys uppfattning synes också vara, att den rättsregel, som blivit *mise en jeu,* kanske icke utan vidare låter sig bestämmas. Enligt Motulsky behöver ju part icke åberopa någon rättsregel. Antag, att så ej skett, och att advokaterna i rättsfrågan huvudsakligen kommit med vaga och generella hänvisningar till allmänna rättsprinciper, måhända därför att de äro osäkra på vilken speciell regel som kan ifrågakomma. Flera olika sådana äro tänkbara. Det kan vara svårt att här fastställa, vilken rättsregel som skall anses vara introducerad. Och hur blir det, om part uppträder utan ombud, t. ex. inför en fredsdomare? Emellertid kan Motulsky tänkas ha velat inskränka sin lösning till att avse blott sådana fall, där part klart och tydligt stött sig på en bestämd rättsregel.

Överhuvudtaget vill det synas, som om Motulsky fäst alltför stor vikt vid motpartens försvar i rättsfrågan. Enligt min mening är det långtifrån otroligt, att domstolen genom att grunda domen på ett icke åberopat rättsfaktum överrumplar motparten även i det fallet, att blott den rättsregel, som varit på tal i målet, blir tillämpad i domen. Om motparten icke fått klart för sig, att omständigheten kunnat läggas till grund för avgörandet, är det mycket möjligt, att han underlåtit att åberopa motfaktum eller att förebringa ytterligare bevisning på denna punkt. I övrigt håller Motulsky fast vid att rättsfakta skola uttryckligen åberopas och att sådana, som blott blivit »*signalés incidemment*» icke få läggas till grund för domen.[75] Åberopandena skola göras i parternas (skriftliga) *conclusions.*[76]

Man kunde kanske tycka, att en lyckligare lösning varit att alltid kräva

[74] Hans uppfattning härom kan ha överensstämt med domstolens.
[75] Se Motulsky: Allégation s. 367. Ett ytterligare undantag finnes, varom nedan s. 177 f.
[76] Se a. a. s. 359 f. samt Glasson—Tissier II s. 489 (nr 500). — Även vid parts utevaro skall den tillstädeskomne i princip lämna *conclusions,* men som sådana anses vid svarandens utevaro de som intagits i kärandens assignation. Nya åberopanden av käranden måste ha delgivits svaranden för att kunna beaktas i denna situation. Se närmare Morel s. 457 (nr 583) med not 2.

åberopande av rättsfakta med undantag blott för indispositiva moment. Emellertid är det i sammanhanget icke betydelselöst, att den franske domaren utövar en svagare materiell processledning än sin svenske kollega, att domstolens befattning med målens förberedelse i praktiken är avsevärt mindre än hos oss, samt att domstolen av dessa skäl har ganska små möjligheter att påverka parternas åberopanden, särskilt som dessa skola vara avlämnade i god tid före målets slutliga handläggning.[76a] Detta kan måhända motivera ett visst avsteg från regeln om att rättsfakta alltid skola åberopas.

Vad slutligen angår åberopsbördans fördelning och dess förhållande till bevisbördan, synas dessa problem knappast alls ha blivit föremål för någon diskussion i fransk doktrin före MOTULSKY. Där man överhuvudtaget tänkt på åberopsbördan,[77] har man förutsatt, att den skulle fördelas på samma sätt som bevisbördan. Detta synes framgå av följande uttalande av GLASSON och TISSIER.

»Le demandeur doit prouver les faits et les actes qu'il allègue à l'appui de sa demande. De son côté le défendeur doit prouver les faits ou les actes qu'il allègue à l'appui de sa défense, des exceptions qu'il oppose.»[78]

Den ende, som mera ingående behandlat åberopsbördans fördelning, är veterligen MOTULSKY. Denne utgår från en analys av rättsfakta, som han kallar »*les éléments générateurs du droit subjectif*». Fördelningsprincipen är enligt MOTULSKY enkel. Käranden skulle åberopa samtliga de rättsfakta, vilka utgjorde förutsättningar för *uppkomsten* av hans rättighet,[79] eller med andra ord de rättsgrundande fakta. Om svaranden hävdade, att rättigheten upphört eller modifierats, stödde han sig i själva verket på en moträttighet.[80] Svaranden hade alltså att åberopa förutsättningarna för denna, d. v. s. de omständigheter, som grundade moträttigheten.

Därmed är huvudregeln angiven. MOTULSKY räknar emellertid med vissa undantag. Dessa skulle vara av två slag: rationella och legala.[81]

De *rationella undantagen*[82] vore påkallade av det skälet, att det skulle strida mot sunt förnuft att kräva, att käranden skulle åberopa samtliga rätts-

[76a] Se MOREL s. 367 f. (nr 457).

[77] Då detta vanligen ej synes vara fallet, har en genomgång av de olika franska bevisbördeteorierna mindre intresse i förevarande sammanhang. En resumé återfinnes hos MOTULSKY: Principes s. 138 ff. Se även OLIVECRONA: Bevisskyldigheten s. 49 f.

[78] GLASSON—TISSIER II s. 661 (nr 595); jfr MOREL s. 377 (nr 469) och AUBRY—RAU XII s. 81.

[79] Se MOTULSKY: Principes s. 86 ff. och s. 115 f. Jfr i detta sammanhang Code civil art. 1315. Se även ovan s. 169 not 25 a.

[80] Se MOTULSKY a. a. s. 121. Detta skulle gälla även om svaranden åberopade t. ex. betalning. Jfr OLIVECRONA: Bevisskyldigheten s. 78 f.

[81] Se MOTULSKY a. a. s. 91.

[82] Utom de här behandlade situationerna inräknar MOTULSKY i denna grupp även sådana fall, då part befrias från att särskilt åberopa rättsfaktums olika moment, och då sålunda ett mera allmänt formulerat åberopande är godtagbart. Jfr ovan s. 69 ff.

grundande omständigheter och således även alla generella förutsättningar för rättshandlingars giltighet.[83] De sistnämnda behövde käranden icke åberopa uttryckligen. Här finge man räkna med »underförstådda» åberopanden. Om svaranden ansåge, att det bruste med avseende på någon tyst åberopad förutsättning, ankomme det på honom att taga initiativet och begära förklaring.[84]

Häremot kan invändas, att ett »underförstått», ja säg rent ut ett fingerat åberopande icke är något åberopande alls.[85] Och vidare: Motulskys resonemang är i själva verket en beskrivning på hur det är, när svaranden har åberopsbördan.[86] Det är ju denne, som blir lidande på att ingenting åberopas angående giltighetsförutsättningarna.

Vad härefter angår de *legala undantagen,* vore det enligt Motulsky i allmänhet icke så, att lagen innehölle något stadgande om åberopsbördans placering. Däremot funnes vissa stadganden om bevisbördan, där denna beträffande en rättsgrundande omständighet omkastats och sålunda åvilade svaranden. Till samma resultat komme man även genom *tolkning* av en del andra stadganden i Code civil, t. ex. artikel 1123 angående kontrahents rättshandlingsförmåga. Om svaranden härvidlag hade bevisbördan, måste han a fortiori ha även åberopsbördan.[87] För detta påstående lämnas ingen motivering.

Motulskys regel för bevisbördans fördelning följer samma princip som vid åberopsbördan. Vardera parten skulle således styrka de tvistiga omständigheter, vilka vore *éléments générateurs* för hans rättighet.[88] Från denna regel funnes emellertid endast legala undantag, däremot ingen motsvarighet till de rationella undantagen vid åberopsbördan.[89] Detta betyder dock ej, att åberopsbördans placering skulle i något fall avvika från bevisbördans. Att så icke är fallet synes just utgöra en av anledningarna till uppställandet av fiktionen om de underförstådda åberopandena. Ifråga om vissa allmänna förutsättningar för uppkomsten av kärandens rättighet har svaranden bevisbördan. Här klarar Motulsky situationen genom att tala om legala undantag från båda fördelningsprinciperna. Men för återstoden av nämnda förutsättningar räknar Motulsky med att käranden har bevisbördan. Enligt huvudregeln skulle nu denne ha jämväl åberopsbördan. Dock är det av praktiska skäl olämpligt att kräva några åberopanden härvidlag av käran-

[83] Se motulsky a. a. s. 91.
[84] Se a. a. s. 92 f. De *exempel,* som Motulsky anför, avse processhinder. Jfr Bartin i Aubry—Rau XII s. 85 noten.
[85] Jfr ovan s. 152 not 98.
[86] Jfr Motulskys definition av denna a. a. s. 87 f.
[87] Se a. a. s. 96.
[88] Se a. a. s. 131. Jfr Code civil art. 1315.
[89] Se a. a. s. 131 f.

den. Detta gör att systemet icke går ihop med mindre man förutsätter, att käranden kan ha åberopat ett rättsfaktum, trots att han ej sagt något därom.[90]

*4. Kontinental rätt i övrigt.*

I *Schweiz* bedömes frågan om i vilken mån domstolen får lägga rättsfakta till grund för domen enligt kantonal rätt.[91] I kantonen Genève anses åberopande av part erforderligt enligt DUNAND.[92] Denne berör emellertid icke problemet om åberopsbördans förhållande till bevisbördan. På ett mera generellt plan uttalar sig GULDENER. Denne synes antaga, att man i regel finge räkna med en åberopsbörda. Beträffande dennas fördelning hävdar GULDENER, att frågan om vem som skulle ha nackdelen av att en omständighet ej åberopats vore att bedöma enligt bevisbördereglerna.[93] Bevisbördan fördelar GULDENER med utgångspunkt från indelningen i rättsgrundande och rättsupplösande fakta.[94] Han räknar även med »rechtshemmende Tatsachen». Bevisbördan för dessa hade i princip den part, som hävdade, att rättigheten ej uppkommit.[95]

Intressant är emellertid, att GULDENER förklarar, att det »unter Umständen» funnes undantag från huvudregeln om att åberopsbördans fördelning rättade sig efter bevisbördans. GULDENER nämner flera exempel härpå,[96] bland andra det fallet, att köparen yrkar skadestånd på grund av utebliven eller försenad leverans, varvid säljaren har bevisbördan för att han avlämnat godset i tid. GULDENER synes förutsätta, att åberopsbördan aldrig vore så placerad, att en part tvingades styrka frånvaron av ett flertal alternativa omständigheter,[97] d. v. s. att parten hade såväl åberopsbörda som bevisbörda för ett komplext rättsfaktum *icke-A*. Huruvida undantagsfallen skulle uteslutande hänföra sig till dylika situationer eller ej, uttalar sig GULDENER däremot icke om. Ej heller lämnar han något kriterium på vad som vore ett undantagsfall.

I *Spaniens* civilprocesslag ingår ett stadgande om åberopsbördan,[98] vilket enligt PRIETO CASTRO innebär, att »los hechos que no son alegados y probados por las partes no pueden acogerse en la sentencia».[99] PRIETO CASTRO fördelar

[90] Det må framhållas, att resonemang av detta slag icke äro typiska för MOTULSKY, vilkens åsikter i regel äro beaktansvärda.
[91] Se GULDENER s. 25.
[92] Se DUNAND s. 15 f.
[93] Se GULDENER s. 21.
[94] Se a. a. s. 26 f.
[95] Se a. a. s. 35.
[96] Se a. a. s. 21 f.
[97] Se a. a. s. 54.
[98] Ley de enjuiciamiento civil art. 372 mom. 2.
[99] PRIETO CASTRO s. 193, jfr s. 313.

åberopsbördan på samma sätt som bevisbördan, varvid han synes resonera på liknande sätt som ROSENBERG.[100]

Beträffande *nederländsk* rätt ha endast två dissertationer funnits tillgängliga, och språksvårigheter ha medfört, att blott brottstycken därur kunnat beaktas. Med denna reservation kan det sägas, att de båda författarna, KAN och THESINGH, synas ha rätt extrema åsikter.[101] Båda hålla hårt på principen, att käranden skall styrka sin rätt. Detta föranleder KAN till påståendet, att den »egentliga» bevisbördan hänförde sig till rättigheten själv. Alla fakta vore i detta hänseende bevisfakta, medel att styrka rättigheten.[102] Dock kommer KAN naturligtvis inte förbi att det finns en bevisbörda beträffande fakta. Denna kallar han »oegentlig». Utgångspunkten medför emellertid, att KAN icke antager någon principiell skillnad mellan att åberopa och att förebringa bevisning. Beträffande åberopandena[103] hävdar KAN i medveten motsättning till en som härskande betecknad mening,[104] att omständigheter icke nödvändigtvis behövde åberopas. Domstolen borde nämligen — inom ramen för de rättigheter parterna gjort gällande — få grunda domen på samtliga i målet införda fakta.[105] Eftersom införandet av ett faktum vore ett led i bevisandet av rättigheten, skulle betydelsen av att en omständighet överhuvudtaget ej införts bedömas enligt bevisbördereglerna.[106]

THESINGH räknar med en åberopsbörda[107] men anser, att denna bör åvila käranden beträffande samtliga förutsättningar för dennes rättighet, däri inräknat frånvaron av ogiltighetsgrunder och rättsupplösande fakta. Motiveringen är, att domstolen icke kunde fastställa rättigheten med mindre alla dess förutsättningar vore ådagalagda. THESINGHS teori låter sig givetvis ej genomföras i praktiken utan ett flitigt begagnande av fingerade åberopanden.[108] Vidare uttalar THESINGH sympatier för tanken, att käranden skulle ha hela bevisbördan.[109]

[100] Se a. a. s. 313: »Cada una de (las partes) tienen la *carga de afirmar* los hechos que constituyen el supuesto de la norma en que se ampara y, en caso necesario, la de *probar* su existencia.»

[101] I vilken mån dessa äro representativa för nederländsk doktrin låter sig ej bedömas.

[102] Se KAN s. 35 och 37.

[103] Åberopa heter på nederländska *stellen* och åberopsbörda *stelplicht*.

[104] Såsom företrädare för denna citeras VAN ROSSEM.

[105] Se KAN s. 24—27.

[106] Se a. a. s. 96 och 90.

[107] Se THESINGH s. 32.

[108] Se a. a. s. 47.

[109] Se a. a. s. 129 f. Som exempel på THESINGHS sätt att resonera kan anföras följande uttalande, vari THESINGH förklarar, varför borgenären borde ha bevisbördan för att gäldenären ej betalat sin skuld (!): »Waarom niet de betaling vorderende eiser (= käranden) met het risico van de twijfel belast? Heeft hij — als de vordering gegrond is op een overeenkomst tussen hem en gedaagde (= svaranden), niet vrijwillig crediet verleend in de verwachting, dat gedaagde t. z. t. dit vertrouwen niet zou beschamen en du zou betalen? En behoort hij dan niet zelf het risico te dragen voor de mogelijkheid, dat dit vertrouwen misplaatst bleek? Welke redelijke grond valt er voor aan te voeren om de positie van de credietgever ten nadele van de credietnemer zodanig te versterken, dat niet alleen bij zekerheid van wanbetaling, doch ook reeds bij twijfel daaromtrent de credietgever zijn vordering tot betaling ziet toegewesen? Voor zo ver ik zien kan, geen enkele! Een dergelijke ver gaande bescherming van de credietgever zou het evenwicht in de partijverhouding ernstig verstoren en — wat men er ook voor argumenten voor zou willen aanvoeren — principieel in strijd zijn met de billijkheid.» — Kommentarer synas överflödiga. Citatet är hämtat från a. a. s. 114.

Även i nordisk doktrin har problemet om åberopsbördans fördelning uppmärksammats. Vad först angår *Danmark*, så ingår i RPL följande stadgande om åberopsbördan: [110]

»Der maa ved Afgørelsen ikke tages Hensyn til Søgsmaalsgrunde eller Indsigelser, som ikke er gjorte gældende af Parterne, og som disse er berettigede til at frafalde, om det end af Sagens Forhandling kan ses, at de kunde have været benyttede».

Stadgandet är i ett avseende mera utförligt formulerat än RB 17: 3 p. 2. Det utsäges sålunda klart, att det i dansk rätt göres tydlig skillnad mellan åberopade och införda omständigheter.[111] Å andra sidan har det gjorts gällande, att stadgandet icke skulle kräva åberopande av just den part, som har åberopsbördan. Ett anteciperat erkännande skulle alltså få läggas till grund för domen.[112] Däremot är det väl mindre troligt, att ett anteciperat förnekande av ett rättsfaktum skulle i dansk rätt kunna medföra, att domen finge grundas på detta rättsfaktums existens. I Danmark har man nämligen hävdat nödvändigheten av kontradiktoriska åberopanden.[113] Som vi skola finna, har detta vissa konsekvenser även ifråga om åberopsbördans fördelning.

Om denna får Tybjerg anledning uttala sig vid behandlingen av Windscheids och Ungers bevisbördelära.[114] Tybjerg kritiserar denna och framhåller uttryckligen: »Denne Ligestillen af Bevisbyrde og Paastandsbyrde er ganske misvisende».[115] Tybjerg utvecklar kritiken sålunda: Först diskuterar han vad *käranden* måste åberopa. Härvid borde följande synpunkter beaktas:

»1) Hensynet til, at Indstævnte kan se, hvad der er, han skal forsvare sig mod og 2) Hensynet til, at Retten ikke skal 'dømme i Blinde', samt at dens eventuelle Dom kan blive saa klar og bestemt, at den virkelig indeholder en Afgørelse, saaledes at der er klart, hvad der er res judicata og klart, hvad der eventuelt skal eksekveres.»[116]

[110] RPL § 293 st. 2.
[111] Se Munch-Petersen II s. 239 och Hurwitz s. 115.
[112] Se Munch-Petersen II a. 240, Hurwitz a. st. samt Tybjerg s. 49.
[113] Sedan å ena sidan omständigheten *A* åberopats av den part, som har åberopsbördan därför, men motparten å andra sidan varken förnekat *A* eller åberopat *icke-A*, skulle en dansk domstol sålunda icke få grunda sin dom på *icke-A*. Om då förhållandet är omvänt, nämligen att *icke-A* åberopats av den part, som ej har åberopsbördan, medan motparten, som skolat åberopa *A*, underlåter att yttra sig därom, borde domen rimligtvis ej heller kunna grundas på *A*. — För nödvändigheten av kontradiktoriska åberopanden uttala sig Tybjerg (s. 51 f.), Munch-Petersen (a. a. s. 278, jfr dock s. 257 f.) samt Hammerich s. 198 ff.
[114] Härom se ovan s. 140 f.
[115] Tybjerg s. 48.
[116] A. st.

Vidare finner Tybjerg, att det i vad käranden anfört »ikke maa være indeholdt noget, der positivt træder i Vejen for den af Sagsøgeren selv nedlagte, endelige Paastand.»[117] I så fall kunde detta ej bifallas. Slutligen vore det en logisk förutsättning för bifall till kärandens yrkande,

»at Sagsøgeren hævder *Muligheden* af, at de nødvendige positive og negative Forudsætninger for det af ham fremsatte Krav ere tilstede, samt ... forlanger dem lagte til Grund for en Afgørelse til hans Fordel. Paa den anden Side maa Sagsøgeren ogsaa — udtrykkelig eller stiltiende — hævde Virkeligheden eller Muligheden af, at *samtlige* disse Forudsætninger foreligge.»[118]

Om man nu till åberopsbördan hänförde även vad käranden sålunda hade att *indirekt* påstå, skulle detta innebära, att denne måste åberopa samtliga förutsättningar för sitt krav. Emellertid vore det klart, att kärandens bevisbörda icke hade tillnärmelsevis detta omfång.[119] Om man däremot till åberopsbördan hänförde blott vad som uttryckligen måste åberopas, menar Tybjerg, att teorien om åberopsbördans och bevisbördans överensstämmande fördelning skulle »føre til den rene Formalisme, nemlig til, at Sagsøgeren skulde være pligtig, udtrykkelig at paastaa Existensen af ... samtlige de Momenter, for hvilke han eventuelt har Bevisbyrden.»[120]

Windscheids och Ungers resonemang bygga på den uppfattningen, att domstolen hade att pröva den omtvistade rättighetens existens. Tybjerg delar själv denna uppfattning[121] och hans kritik utgår också från denna ståndpunkt. I och med övergivandet av denna lära om domens innebörd finns det emellertid ingen anledning att antaga, att käranden åtminstone indirekt måste åberopa samtliga förutsättningar för sitt krav. Hur skulle man för övrigt kunna avgöra, vad som indirekt åberopats eller icke åberopats? Även i övrigt är Tybjergs kritik föga övertygande. Påståendet, att en skyldighet för part att uttryckligen åberopa de omständigheter, för vilka han har bevisbördan, skulle innebära en meningslös formalism, är näppeligen riktigt. Så kan det kanske förefalla, när huvudförhandlingen är över och det befinnes, att parten icke uttryckligen åberopat ett rättsfaktum, som han sökt och lyckats bevisa. Annorlunda ligger det till, om parten förbigått omständigheten helt och hållet. Då framstår åberopsbördans betydelse i ett klarare ljus. I detta fall har domstolen ej haft någon anledning att befatta sig med rättsfaktum ifråga. I det nu avsedda fallet gäller detta främst olika grunder, som äro alternativa i förhållande till varandra, samt alternativa omständigheter i samma grund. Vidare fyller åberopsbördan en viktig funktion, innan bevisbördan har blivit aktuell, och oberoende av denna. Tybjerg

[117] A. a. s. 49.
[118] A. a. s. 49 f.
[119] Se a. a. s. 51. Jfr Kallenberg II s. 701 f.
[120] Tybjerg s. 51.
[121] A. a. s. 53 f., varom nedan s. 183. Jfr Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 119.

framhåller ju själv vikten av att svaranden kan se, vilka omständigheter som han måste försvara sig mot.[122] Vissa av dessa rättsfakta kanske erkännas och bliva därför aldrig föremål för någon bevisning. I sådana fall har åberopsbördan men ej bevisbördan praktisk betydelse. Först när bevisning redan förebragts för omständigheten ifråga, kan det synas formalistiskt att kräva särskilt åberopande. Men även här fyller åberopandet den funktionen, att motparten göres uppmärksam på nödvändigheten av att försvara sig på denna punkt, t. ex. genom att åberopa ett motfaktum. Vidare har domaren i sin materiella processledning ett medel att undvika formalistiska avgöranden.

I sin kritik övergår Tybjerg härefter till *motfakta*. Med avseende på dessa finner han tesen om åberopsbördans och bevisbördans överensstämmande fördelning uppenbart oriktig. Här kommer Tybjerg in på de kontradiktoriska åberopandena och hävdar, att sådana måste framställas.[123] Om nu åberopsbörda och bevisbörda till omfång och fördelning sammanfölle, skulle i sådana fall båda parterna ha bevisbördan på en och samma punkt. Detta vore givetvis orimligt.[124] Tybjerg fortsätter:

»Sætningen om 'Behauptungslast's og 'Beweislast's Sammenfalden bliver kun rigtig, forsaavidt man bortser fra Sagsøgerens oprindelige Deduktion og iøvrigt ved 'Behauptungslast' forstaar Fremsættelsen af saadanne Paastande, med Hensyn til hvilke Bevisbyrden paahviler den, der fremsætter dem, medens man kalder alt andet Benægtelser».[125]

Tybjergs egen åsikt om åberopsbördans fördelning[126] är, att käranden måste — dels uttryckligen, dels stillatigande — åberopa »*samtlige* de Momenter, der ere Forudsætninger for det af ham fremsatte Kravs Berettigelse». Härefter krävdes förnekande av svaranden för att omständigheterna icke skulle anses erkända. De omständigheter, som därefter kvarstode som tvistiga, kunde omfattas antingen av kärandens eller av svarandens bevisbörda. Några svarsfakta[127] i mening av omständigheter, för vilka svaranden hade åberopsbördan, skulle således ej finnas enligt Tybjerg.

Emellertid är det tydligt, att svaranden de facto har åberopsbördan beträffande de rättsfakta, som käranden ej behöver *uttryckligen* åberopa. Det är ju den förre som blir lidande på att en sådan omständighet ej omnämnes.

[122] Som ovan (s. 124) framhållits, kunna reglerna om stämningsansökans innehåll icke ensamma fylla denna funktion.
[123] Tybjerg s. 53: »Sagsøgte ... har den processuelle Pligt med størst mulige Præcission at fremdrage og *benægte* det eller de af samtlige fornævnte Momenter (i grunden), som han ikke vil have betragtet som værende *in confesso* og som saadan lagt til Grund ved Sagens Paadømmelse» (kurs. här). Se även Tybjergs exempel å s. 51 och 52.
[124] Se a. a. s. 51 f. Jfr O. Augdahl s. 41.
[125] Tybjerg s. 53.
[126] Se a. a. s. 53 f.
[127] Om denna term se ovan s. 11.

Någon anledning att upprätthålla fiktionen om stillatigande åberopanden finnes icke. Vidare uppställes måhända kravet på kontradiktoriska åberopanden av RPL, medan detta enligt min mening strider mot RB:s bestämmelser. I den mån Tybjerg icke räknar med fiktioner, är hans åsikt sålunda av andra skäl utan värde för svensk rätts vidkommande.

Åberopsbördans fördelning beröres även av Munch-Petersen, vilken förnekar, att denna skulle överensstämma med bevisbördans. Som belägg härför anföres nödvändigheten av kontradiktoriska åberopanden.[128]

I *norsk* doktrin är åberopsbördan omstridd. Det lagstadgande, varå denna skulle kunna grundas, TVL § 86,[129] giver ej otvetydigt belägg för dess existens, även om denna för dispositiva mål synes framgå e contrario. Flertalet norska författare erkänna åberopsbördan,[130] medan däremot P. Augdahl energiskt pläderat för en motsatt uppfattning.[131] Denne uppgiver, att de norska domstolarna skulle i stort sett förkasta läran om åberopsbördan, men »helt utryddet i praksis kan imidlertid doktrinen enda ikke sies å være».[132]

Åberopsbördans fördelning synes föga ha uppmärksammats i norsk doktrin. Väl har O. Augdahl vid behandlingen av Windscheids bevisbördeteori kritiserat sammankopplingen av åberopsbörda och bevisbörda.[133] Men någon diskussion om principen för åberopsbördans fördelning har O. Augdahl icke sett sig ha anledning att upptaga.

I *Finland* har åberopsbördans fördelning behandlats främst av Wrede. Denne utgår från indelningen i rättsgrundande, rättshindrande och rättsupphävande omständigheter samt förklarar, att käranden hade åberopsbördan för den första kategorien och svaranden för de två övriga.[134] Jämväl bevisbördan fördelades på liknande sätt.[135] Man kunde sålunda säga, att käranden hade bevisbördan för grunden och svaranden för sina sakinvändningar.[136] Emellertid skulle enligt Wrede åberopsbördan icke helt täckas av

[128] Se Munch-Petersen II s. 278.

[129] »Det påhviler partene å gjøre rede for de faktiske forhold og bevis som er av betydning for avgjørelsen.

Retten bør dog sørge for at partenes anførsler blir så klare og fullstendige som mulig, og den kan selv iverksette bevisopptagelser og undersøkelser i den utstrekning, som § 190 hjemler. Når partene ikke har fri rådighet over et forhold, skal retten av eget tiltak sørge for alle de opplysninger som er nødvendige for å sikre en riktig avgjørelse.»

[130] Så Hagerup I s. 403 f., Skeie I s. 408, Alten s. 114 och Eckhoff s. 92 ff. Skeie (a. st.) kräver, att åberopandet skall ha framställts av just den part, som har åberopsbördan.

[131] Se Per Augdahl s. 114 f. ävensom ovan s. 25 vid not 26.

[132] Per Augdahl s. 115.

[133] O. Augdahl s. 43: »Ennu er det kun delvis gått op for teorien, at spørsmålet om hvad partene må anføre, og spørsmålet om hvem bevisbyrden bør påhvile, i virkeligheten er to spørsmål som der ikke er nogen naturlig forbindelse imellem.»

[134] Se Wrede II s. 28 f. och s. 35 f.

[135] Se a. a. s. 29, 37 och 106 ff.

[136] Se a. a. s. 107.

bevisbördan.[137] Dock utredes icke, varuti skillnaden skulle bestå.[138] Sjöström synes fördela åberopsbördan efter samma grundlinjer som Wrede.[139]

I *svensk* doktrin har åberopsbördan och dess förhållande till bevisbördan diskuterats av Trygger i hans skrift »Bevisskyldigheten i processen».[140] Dennes behandling av problemet är starkt färgad av hans uppfattning, att det som käranden gjorde gällande i processen vore ett materiellt rättsförhållande.[141] För att detta processföremål skulle med nödvändig grad av exakthet kunna fastställas, måste det först och främst krävas, att den påstådda rättigheten individualiserades i stämningsansökningen. För den skull vore det ofta erforderligt, att käranden åberopade rättsfakta.[142] Somliga rättigheter kunde emellertid individualiseras utan angivande av uppkomstgrunden, och om svaranden erkände en sådan rättighet, krävdes överhuvudtaget icke något åberopande av rättsfakta.[143] I andra fall finge man räkna med en åberopsbörda.

Trygger bekänner sig alltså till den s. k. individualiseringsteorien,[144] som hämtats från tysk doktrin.[145] Individualiseringsteorien rör främst frågan om stämningsansökningens innehåll. Den måste anses strida mot RB 42: 2.

Principen för åberopsbördans fördelning kunde man enligt Trygger finna blott genom ett studium av »den konkreta rättsordningens eget väsen». Detta förklarade, att den som påstode sig hava en rättighet måste förlora en rättegång, om han ej åberopade det rättsfaktum, som vore rättighetens förutsättning.[146] Käranden hade alltså i första hand åberopsbördan, och vad denne därvid hade att påstå kunde lämpligen benämnas grunden för käromålet.[147] För att fullgöra sin åberopsbörda måste käranden emellertid åberopa samtliga förutsättningar för rättighetens uppkomst, således även frånvaron av ogiltighetsgrunder.[148] Beträffande de rättsupplösande fakta ålåge åberopsbördan däremot svaranden.[149]

Särskilt i vad angår ogiltighetsgrunderna giver Tryggers resonemang anledning till kritik. Trygger pointerar, hurusom åberopsbördan skulle innebära icke parts »skyldighet» att påstå omständigheten ifråga i rättegången utan blott dennes ofördelaktiga ställning, då rättsfaktum icke åberopats.[150]

[137] Se a. a. s. 105.
[138] Wrede hänvisar till Trygger, varom se i det följande.
[139] Se Sjöström s. 165 ff.
[140] I TJFF Bd. 46 (1910).
[141] Se Trygger: Bevisskyldigheten s. 325 f.
[142] Om rättigheternas individualisering se senast Olivecrona: Grunden s. 11 f.
[143] Se Trygger a. a. s. 326. Liknande Kallenberg II s. 702 not 25.
[144] Så även Granfelt s. 75 f.
[145] Se Olivecrona: Domen s. 238 not 47.
[146] Se Trygger a. a. s. 331.
[147] Se a. a. s. 333 f. samt Trygger: Skriftliga bevis s. 31.
[148] Se Trygger: Bevisskyldigheten s. 332 och 334.
[149] Se a. a. s. 335.

Att käranden hade åberopsbördan för frånvaron av ogiltighetsgrunder skulle nu icke behöva innebära, att grunden måste i motsvarande mån uppdissekeras. Det framgår emellertid icke, huruvida Trygger räknat med att käranden kunde »stillatigande» åberopa något härvidlag,[151] eller om han avsett, att käranden måste uttryckligen framställa ett allmänt åberopande av att inga ogiltighetsgrunder förelåge. Det förstnämnda alternativet innebär, som tidigare upprepade gånger framhållits, en fiktion och det senare ett så allmänt formulerat åberopande, att det icke fyller någon annan funktion än att tillfredsställa kravet på logik från dem som hävda, att domen skall utgöra ett omdöme om ett rättsförhållande. I båda fallen kommer nämligen svaranden att ha den åberopsbörda, som har praktisk betydelse. Denne måste nämligen åberopa förhandenvaron av någon ogiltighetsgrund. Detta menar även Trygger. Han framhåller nämligen: »Så länge ingen af parterna gjort gällande, att en dylik omständighet, som gör den åberopade rättsgrunden verkningslös, föreligger, måste densamma tagas för god såsom åstadkommande den rättsverkan, som den enligt sin natur är afsedd att åvägabringa.»[152] Alltså har svaranden nackdelen av att ingen ogiltighetsgrund påtalas.

Beträffande åberopsbördans fördelning i förhållande till bevisbördans finner Trygger huvudregeln vara, att den som hade åberopsbördan jämväl vore bevisskyldig.[153] Härom anföres:

»Grunden till fördelningen var ju statens skyldighet att icke fastslå ett rättsförhållande såsom moment i den konkreta rättsordningen, utan att nämnda rättsförhållandes uppkomst ådagalagts, respektive att icke vägra ett rättsförhållande dess vunna plats inom rättsordningen, förrän det ådagalagts hafva upphört att existera. En argumentation[154] utan bevis, där sådant erfordras, kan svårligen anses bättre än saknad af argumentation, och fordras den senare af en part, kunde bevis anses böra fordras i samma utsträckning. I själfva verket är det nog ock på det sättet, att äfven i civilprocessen regeln är den, att den, som är argumentationsskyldig beträffande ett visst faktum, äfven beträffande detta är bevisskyldig.»[155]

Utgångspunkten är alltså den, att käranden skall styrka sin rätt. Emellertid gör Trygger vissa modifikationer i huvudregeln: Den legala bevisteorien kunde nämligen i somliga fall medföra, att bevisbördan framstode som överväldigande. I vissa sådana fall kunde det vara lämpligare med en bevisbördefördelning efter sannolikheten in abstracto. Detta kunde innebära, att åbe-

[150] Se a. a. s. 327 f.
[151] Så Granfelt s. 87. Det kan här noteras, att Trygger avvisat antagandet, att käranden tyst åberopade frånvaron av rättsupphävande och rättsförändrande fakta (se Skriftliga bevis s. 34).
[152] Trygger: Bevisskyldigheten s. 335.
[153] Detta säges vara tanken i ÄRB 17: 33.
[154] D. v. s. ett åberopande.
[155] Trygger a. a. s. 336 f.

ropsbörda och bevisbörda placerades på olika parter.[156] Med införandet av fri bevisprövning skulle dessa modifikationer dock bliva överflödiga, för så vitt icke »alldeles särskilda skäl» talade däremot.[157]

Liksom TRYGGER utgår KALLENBERG från att processens föremål vore ett materiellt rättsförhållande.[158] Emellertid avvisar KALLENBERG såsom orimlig tanken, att domstolen ej kunde fastställa kärandens rättighet med mindre samtliga dess förutsättningar stode fast i målet.[159] Med en sådan utgångspunkt kunde man nämligen ej förklara, att svaranden hade bevisbördan beträffande somliga av dessa förutsättningar, något som vore erforderligt för att rättskipningen ej skulle förfela sitt ändamål.[160]

Vid behandlingen av *bevisbördans* fördelning utgår KALLENBERG från ÄRB 17: 33, enligt vilket stadgande käranden hade att styrka sitt käromål, närmare bestämt i första hand grunden, och svaranden sina invändningar.[161] Uppdelningen i grund och invändningsfakta gåve emellertid ingen verklig lösning på frågan om bevisbördans fördelning. Man visste ju icke, vad som vore att hänföra till den förra och till de senare. Grunden kunde icke bestå av samtliga rättighetens förutsättningar utan hade ett mindre omfång. Med den tyska doktrinens uttryckssätt kunde man alltså tala om icke en materiell men en processuell grund.[162] Vad beträffar dess omfång, kunde man visserligen säga, att grunden utgjordes av de rättsgrundande fakta. De rättsupplösande omständigheterna kunde nämligen särskiljas som en kategori för sig. Dessa senare omfattades av svarandens[163] bevisbörda, vilket vore en praktisk nödvändighet och betingat av hänsyn till rättssäkerheten.[164] Däremot vore det ej möjligt att åberopa samma skäl för en uppdelning av bevisbördan inom gruppen rättsgrundande fakta, så att svaranden ålades bevisbördan för vissa, såsom rättshindrande ansedda rättsfakta. Mellan dessa och rättsgrundande fakta i övrigt kunde någon gräns ej dragas, som vore motiverad av skiljaktigheter i rättsfaktas egen natur.[165] Indelningen vore tvärtom en följd av att bevisbördan ansetts böra uppdelas på visst sätt. [166] Vid sådant förhållande finge man utgå från att käranden, liksom för rättsgrundande fakta i allmänhet, hade bevisbördan även ifråga om vad som

[156] Se a. a. s. 349 f.
[157] Se a. a. s. 352.
[158] Se KALLENBERG II s. 679.
[159] Se a. a. s. 714.
[160] Se a. a. s. 706 ff.
[161] Se a. a. s. 677.
[162] Se a. a. s. 705. Jfr ovan s. 144 f.
[163] För enkelhetens skull talas här om kärande och svarande, ehuru bevisbördans fördelning är oberoende av partsställningen. Resonemanget avser alltså en fullgörelsetalan av normal typ. Se a. a. s. 679.
[164] Se a. a. s. 708 f. och 738 f.
[165] Se a. a. s. 709 och 740.
[166] Se a. a. s. 740.

brukat hänföras till rättshindrande fakta.[167] Från denna huvudregel kunde visserligen undantag göras men blott i den mån stöd härför kunde erhållas i »positiv rätt», huvudsakligen sedvanerätt.[168] Att kärandens bevisbörda därmed skulle bli så stor, att detta skulle leda till praktiska olägenheter, behövde ej befaras.[169]

Vad härefter angår *åberopsbördan,* finner KALLENBERG, att dess fördelning icke kunde överensstämma med bevisbördans, om i åberopsbördan innefattades även vad käranden indirekt måste påstå för att käromålet skulle te sig i alla avseenden grundat.[170] Om emellertid kärandens åberopsbörda begränsades till vad denne uttryckligen måste påstå — och detta borde uppenbarligen vara fallet — uppställde sig det nya problemet, vad och huru mycket detta vore. KALLENBERG lämnar frågan öppen och framhåller, att dess besvarande lämnade rum för samma möjligheter och erbjöde samma vanskligheter som bevisbördeproblemet.[171] Indelningen i grund och invändningar gåve ju ej utan vidare någon ledning. Beträffande svarandens åberopsbörda hänvisar KALLENBERG till sin förut relaterade åsikt, att domstolen ägde att till grund för domen lägga åtskilliga invändningsfakta, oberoende av om dessa åberopats av svaranden eller ej.[172] Någon åberopsbörda åvilade således ej denne därvidlag. Men trots detta kunde han mycket väl ha bevisbördan.[173]

Ifråga om grunden är det tydligt, att KALLENBERG avsett, att käranden, om vi till en början bortse från de s. k. rättshindrande fakta, i princip hade åberopsbördan för övriga rättsgrundande omständigheter.[174] I regel skulle denna fördelning överensstämma med bevisbördans. Om huruvida en avvikande fördelning kan tänkas, därest bevisbördan omkastas, har KALLENBERG ej uttalat sig, såvitt jag kunnat finna.[175]

[167] Om ej lag eller sedvanerätt föreskreve annat, finge man i princip utgå från att käranden skulle styrka sin rätt (se a. a. s. 743 f.).

[168] Se a. a. s. 740.

[169] Se a. st. och s. 744. Käranden kunde nämligen i regel stödja sig på en presumtion om frånvaron av ogiltighetsgrunder (se a. a. s. 744 och s. 19). Grunden härtill vore sannolikhetsöverväganden (a. a. s. 742 f.). Eftersom sannolikheten talade för att inga rättshindrande fakta funnes, skulle käranden behöva förebringa särskild bevisning blott på förekommen anledning. Samma resonemang, tillämpat på fördelningsfrågan, synes emellertid leda till att bevisbördan lägges på svaranden. Denna utvidgning av resonemanget avvisar dock KALLENBERG (se a. a. s. 752 ff.).

[170] Jfr TYBJERG s. 49 f., citerat ovan s. 182. Det erinras om att kärandens talan enligt KALLENBERG innefattade ett rättspåstående (se KALLENBERG I s. 854 f.). Om nu käranden måste påstå, att hans rättighet florerade, är det ju ganska naturligt, att man fann honom därigenom ha indirekt gjort gällande, att samtliga rättighetens förutsättningar existerade.

[171] Se KALLENBERG II s. 701 f.

[172] Se härom ovan s. 62.

[173] Se KALLENBERG II s. 702 f.

[174] Se t. ex. KALLENBERG II s. 19.

[175] Se dock KALLENBERG: Erkännande s. 81 f.: Käranden hade bevisbördan, om svaran-

Vad härefter angår ogiltighetsgrunder och andra s. k. rättshindrande fakta, blir följden av KALLENBERGS bevisbördefördelning, att käranden ålägges bevisbördan för dessa i den mån som sedvanerätt i annan riktning icke utbildats. Detta skulle enligt KALLENBERG ej leda till olägenheter. En möjlighet att undvika sådana kunde då ha varit att lägga åberopsbördan beträffande rättshindrande fakta på svaranden.[176] Därmed skulle ju kärandens bevisskyldighet aktualiseras först genom svarandens invändning. Denna utväg är dock stängd för KALLENBERG, eftersom denne anser sådana omständigheter i regel skola beaktas av domstolen, oavsett om de åberopats eller ej.[177] Beträffande den största gruppen av såsom rättshindrande ansedda fakta, de allmänna grunderna för rättshandlingars ogiltighet, synes KALLENBERG alltså ej heller vilja lägga någon åberopsbörda på käranden. Denne skulle icke behöva åberopa, att giltighetsförutsättningarna vore för handen.[178] För att domstolen skulle få befatta sig med dessa, räckte det med att de införts i målet, synbarligen på vilket sätt som helst utom genom domstolens egen försorg.[179]

Om nu ogiltighetsgrunder kunna läggas till grund för domen utan åberopande, kan man givetvis icke tala om någon åberopsbörda därvidlag. Det är ju icke till åberopandet som rättsfaktum, som den rättsföljden är anknuten, att omständigheten får läggas till grund för domen. I stället får man väl

den invände förekomsten av ett suspensivt villkor i det av käranden åberopade avtalet. Nu menar KALLENBERG visserligen, att käranden här till grund för sin talan tyst åberopat avtalets avsaknad av sådana villkor (s. 90). Med något uttryckligt åberopande räknar KALLENBERG ej annat än från svaranden. I realiteten skulle denne alltså ha åberopsbördan. Enligt min mening bör åberopsbördan åvila den förpliktade för den omständigheten, att ett suspensivt villkor avtalats, varav hans prestationsskyldighet beror. Densamme synes vidare böra ha åberopsbördan för att villkoret ej inträffat.

[176] Detta resonemang föres av KALLENBERG vid diskussionen av frågan, huruvida käranden kunde åläggas bevisbördan beträffande rättsupplösande fakta (se KALLENBERG II s. 708).

[177] På grund av parternas civilrättsliga dispositionsbefogenhet ägde domstolen icke att befatta sig med något annat än det som käranden gjort till processföremål. Detta vore »städse den rättsliga verkan, som käranden härleder af en viss af honom åberopad grund». Andra grunder finge domstolen därför ej beakta. Något motsvarande skäl kunde emellertid ej anföras beträffande rättshindrande och rättsupplösande fakta. Dock måste moträttigheter särskilt åberopas av svaranden. Även om regeln vore, att ogiltighetsgrunder ej behövde åberopas, vore svarandens förklaring, att han ej ville stödja sig därpå, i vissa fall — men ej alltid — bindande för domstolen. Se a. a. s. 17—21.

[178] Se a. a. s. 19. KALLENBERG söker visserligen — liksom GRANFELT — göra gällande, att den som åberopade ett avtal, däri innefattade ett påstående om att dess giltighetsförutsättningar föreligga. Detta är givetvis en fiktion. Ett åberopandes funktion är ju att tillföra processmaterialet ett rättsfaktum. De »tysta» påståendet om giltighetsförutsättningar kan dock icke anses innebära, varken att dessa åberopats, eller ens att de införts i målet. Vid det förhållandet, att domstolen enligt KALLENBERG ägde att utan åberopande beakta införda giltighetsförutsättningar, skulle, om KALLENBERG ansett ett »tyst» åberopande innebära ett införande, detta i realiteten vara liktydigt med att domstolen ägde att ex officio införa sådana fakta i målet. Denna konsekvens vill KALLENBERG dock ej draga (jfr a. a. s. 64 f.).

[179] Se a. a. s. 64.

räkna med vad som i denna avhandling benämnts »informationsbördan».[180] Denna skulle tydligen åvila svaranden. Det synes nämligen vara KALLENBERGS mening, att käranden skulle vinna målet, om inga ogiltighetsgrunder införts samt kärandens talan i övrigt vore grundad.

KALLENBERGS på ÄRB grundade åsikt om åberopsbördans omfång har icke kommit till uttryck i RB. En fortsatt granskning av KALLENBERGS uppfattning synes därför ej påkallad.

I stället skola vi beröra några uttalanden av ALEXANDERSON, vilka äro särskilt intressanta, eftersom de avvika från den konventionella uppfattningen, att åberopsbördans och bevisbördans fördelning i princip skulle sammanfalla. ALEXANDERSON uttalar sig väl icke generellt i fördelningsfrågan, men han behandlar alldeles tydligt åberopsbördans fördelning som ett problem för sig. Resultatet blir också, att åberopsbördan finnes i flera av de undersökta fallen böra åläggas en annan part än den som har bevisbördan. Svaranden hade sålunda åberopsbördan för förekomsten av ett suspensivt villkor, varav hans betalningsskyldighet vore beroende.[180a] Och om en svarande ville invända, att hans prestationsskyldighet vore beroende av att käranden dessförinnan presterat men att detta ej skett,[180b] hade svaranden åberopsbördan därvidlag. Vidare hade köparen åberopsbördan för att säljaren icke levererat, därest köparen på grund därav hävt avtalet och yrkade återbekommande av förskottslikvid.[180c] I alla dessa tre fall åvilade bevisbördan emellertid motparten, i de båda första fallen käranden och i det sista säljaren.

Någon princip för åberopsbördans fördelning utlämnar ALEXANDERSON tyvärr icke åt läsaren. Ej heller synes det möjligt att av hans i detta sammanhang förda resonemang sluta sig till någon sådan.

Intressant är vidare, att ALEXANDERSON snuddat vid det förhållandet, att parts, t. ex. kärandens, bevisbörda för ett komplext rättsfaktum *icke-A* kunde mildras genom att motparten ålades att konträrt åberopa något speciellt *A*. Helt fram till insikten härom har ALEXANDERSON visserligen ej kommit. Han menar nämligen, att svaranden skulle uppfordras icke till att åberopa men väl till att redogöra för något speciellt *A*. Om svaranden efterkomme denna anmaning, kunde bevisbördan fullgöras genom ett vederläggande av det sålunda anförda *A*. I annat fall finge svarandens underlåtenhet beaktas som bevis, ofta starkt nog att ensamt styrka *icke-A*.[180d] I detta resonemang har ALEXANDERSON emellertid förbisett, att det, om svaranden ej har en (sekundär) *åberopsbörda* för *A*, icke är tillräckligt för käranden

[180] Härom se ovan s. 67 ff.
[180a] Se ALEXANDERSON s. 41, jfr ovan s. 188 not 175.
[180b] Se a. a. s. 47 f.
[180c] Se a. a. s. 36 och 46 f. samt nedan s. 238 ff.
[180d] Se a. a. s. 48 f.

att vederlägga ett visst, av svaranden anfört *A*. Då skall nämligen ovissheten om förekomsten av varje annat tänkbart *A* drabba käranden. Därför måste denne åberopa och styrka att ej något enda tänkbart *A* förelegat.[180e]

Hos Olivecrona förekomma flera uttalanden, som giva vid handen, att denne vill helt likställa åberopsbördans och bevisbördans fördelning. Sålunda anför Olivecrona:

»Alla fakta kunna icke ha betydelse i processen på samma sätt. Det måste företagas en differentiering bland de materiellträttsligt relevanta fakta. Vissa av dessa, såsom t. ex. avtalets tillkomst, måste ovillkorligen vara fastställda för att ett på avtalet grundat yrkande skall kunna bifallas. Andra fakta, t. ex. rättshandlingsförmågan och frivilligheten, äro icke positiva betingelser för bifall till yrkandet. Tvärtom är det så, att frånvaron av rättshandlingsförmåga, resp. förekomsten av tvång, måste särskilt åberopas och styrkas av motparten för att få någon betydelse i processen. — — — *Spörsmålet om denna differentiering är vad man kallar frågan om bevisbördan.* En sådan fråga uppstår i själva verket beträffande varje faktum som har civilrättslig betydelse.»[181]

»Till de svåraste uppgifterna i juridiken hör uppdelningen av de *in abstracto* relevanta fakta i grundförutsättningarna för käromålets bifallande å ena sidan och motfakta å andra sidan.[182] *Detta är vad som går under namn av bevisbördans fördelning.*»[183]

Avgörande för om en omständighet skulle räknas till grunden eller till motfakta (av första graden) skulle alltså vara, huruvida käranden eller svaranden hade bevisbördan därvidlag.[184] Denna fråga skall emellertid avgöras med utgångspunkt från vad som bäst främjar de ändamål, vilka uppbära de olika civilrättsliga reglerna.[185] Men dessa ändamål synas mig i rätt stor utsträckning varken främjas eller motverkas av att åberopsbördan fördelas på

[180e] Jfr ovan s. 88 f.

[181] Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 159 (kurs. här).

[182] Termen grundförutsättningar har Olivecrona numera ändrat till *grundrekvisit,* se Rätt och dom s. 205.

[183] Olivecrona: Civildomens innebörd s. 738 (kurs. här). Jfr Olivecrona: Utsökning s. 84.

[184] Olivecrona har emellertid senare påstått (i Rätt och dom s. 205 f.), att någon särskild regel om bevisskyldigheten icke skulle vara erforderlig beträffande sådant förfarande, som medför utomobligatoriskt skadestånd. För att skadestånd skulle kunna utdömas, krävdes nämligen helt enkelt, att det skadebringande förfarandet vore fastställt. Detta är enligt min mening ett felslut. Resonemanget förutsätter nämligen i själva verket existensen av en bevisbörderegel, nämligen att bevisbördan åvilar den skadade. Endast på grund därav kan man säga, att det skadebringande förfarandet måste vara fastställt för att den skadades ersättningsyrkande skall kunna bifallas. Olivecrona menar vidare, att vid talan om skadestånd enligt 2 § bilansvarighetslagen »något subjektivt moment å förarens sida» icke fordrades fastställt för utdömande av skadestånd. Ett såsom klanderfritt ansett förfarande av föraren vore däremot motfaktum. (Jfr härom SvJT 1960 s. 387 ff.) Att Olivecrona för detta särskilda fall menar icke-vållande utgöra motfaktum, medan vållande i vanliga fall skulle ingå i grundrekvisitet, kan väl icke bero på annat än att bevisbördan i det förra fallet är omkastad och åvilar bilföraren (jfr Ekelöf i SvJT 1961 s. 363). Olivecronas uttalande, att det vore oriktigt att tala om existensen av en särskild bevisbörderegel vid sidan av den materiella regeln

det ena eller andra sättet. Dess placering synes ofta böra motiveras med helt andra ändamålsöverväganden. Och i andra fall synas mig just hänsynen till främjandet av ändamålen med de civilrättsliga reglerna kräva, att åberopsbördan och bevisbördan läggas på olika parter.[186]

I sitt senaste arbete på detta område, *Rätt och dom*, förefaller Olivecrona att i princip hålla fast vid den åsikt, som han tidigare framfört. Sålunda anför Olivecrona:

»På det område där vi nu röra oss blir frågeställningen icke: vem har bevisbördan för det eller det? Den blir i stället: vad skall ingå i grundrekvisitet? Skall grundrekvisitet utvidgas genom ett så eller så beskaffat påstående? Vari skall ett motfaktum bestå? Varje tanke på att deducera svaren på dessa frågor ur principen om förverkligandet av den metafysiska civilrätten försvinner av sig själv. Frågan är hur den judiciella civilrätten skall utformas. Grundprincipen måste bli att verkställa differentieringen med hänsyn till vad som kräves för att syftet med rättsreglerna skall förverkligas.»[187]

Olivecronas åsikt är emellertid icke helt och hållet densamma som tidigare. Då räknade han blott med indelningen i grundrekvisit och motfakta. Numera talar han även om utvidgning av grundrekvisitet (respektive av motfakta). Orsaken härtill är, att Olivecrona uppdagat ett förhållande, som måste medföra någon modifikation av hans åsikt, såsom den tidigare formulerats. Detta förhållande kan illustreras med ett tidigare omnämnt fall, som rör tillämpningen av 5 § köplagen:[188]

Säljaren, som yrkar utfående av köpeskillingen, behöver icke åberopa något om huruvida det yrkade priset avtalats eller ej. I stället ankommer det på köparen att påstå, att överenskommelse träffats om visst, lägre pris. Häremot har säljaren i sin tur att konträrt åberopa, att parterna överhuvudtaget icke avtalat något pris.

om utomobligatoriskt skadestånd, synes i själva verket strida mot hans grundläggande princip om att differentieringen av relevanta fakta skulle vara en fråga om bevisbördans fördelning. Såsom Olivecrona uttryckt sig, blir resultatet, att han försökt differentiera, att avgöra vad som skall vara fastställt, utan att taga hänsyn till sin egen differentieringsgrund, nämligen bevisbördan.

Det låter sig givetvis sägas, att vad som i första hand kräves för bifall till kärandens yrkande är, att grundrekvisitet är »uppfyllt» eller »fastställt». Emellertid måste man här uppmärksamma, att uttrycken »fastställt», »uppfyllt» o. likn. lätt leda tanken vilse. Den realitet, som uttryckes med lokutionen »en omständighet är fastställd» o. d., är att domen kan grundas därå. I förevarande sammanhang vore det bättre att taga fasta på detta. Om man talar enbart om fastställda omständigheter, förleds man nämligen att bortse från det fallet, att en omständighet skall läggas till grund för domen av den anledningen, att den är åberopad av den part, som har åberopsbördan, men icke vederlagd av motparten, som därvidlag har bevisbördan.

[185] Se Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 160.
[186] Se nedan s. 199.
[187] Olivecrona: Rätt och dom s. 214.
[188] Se ovan s. 87 f.

Detta köparens åberopande medför enligt Olivecrona en utvidgning av grundrekvisitet.[189] Däremot synes Olivecrona icke vilja beteckna köparens invändning som ett påstående av motfaktum.[190] Orsaken härtill torde vara att finna däri, att köparen icke har bevisbördan för detta påstående. Bevisbördan åvilar i stället säljaren.

Olivecrona framhåller nu vidare:

»När 17: 3 säger att dom (i dispositiva mål) ej må grundas på omständighet, som icke av part åberopats som grund för hans talan, så refererar detta till grundrekvisit och motfakta. Endast vad som åberopats av part i sådant hänseende får beaktas.»[191]

Om Olivecrona därmed avsett att uttala, att ett påstående, som enligt honom skulle medföra en utvidgning av grundrekvisitet, icke skulle vara föremål för någon åberopsbörda,[192] kan jag ej dela hans mening. Överenskommelsen om visst lägre pris utgör en omedelbart relevant omständighet. Denna måste enligt RB 17: 3 p. 2 åberopas. Om köparen icke påstått något därvidlag, får domstolen icke taga fasta på någon överenskommelse om priset, som kan finnas omnämnd i t. ex. en som bevis åberopad skriftväxling mellan parterna, och lägga denna överenskommelse till grund för domen. Mot ett sådant förfarande tala samma ändamålsskäl, som uppbära åberopsbördan i övrigt. Jag anser det således stå fast, att köparen har den primära åberopsbördan utan att samtidigt ha bevisbördan. Åtminstone på denna punkt kan alltså bevisbördans fördelning icke vara avgörande för åberopsbördans.

Vad härefter angår beteckningen på den omständighet, som köparen åberopat, kan följande framhållas. Om det står fast i målet, t. ex. på grund av säljarens erkännande,[193] att visst, lägre pris avtalats, medför detta, att domen icke kan givas det innehåll, som säljaren begärt. På grund härav och då köparen har den primära åberopsbördan, menar jag, att köparens invändning lämpligen bör betecknas som ett påstående av motfaktum, trots att köparen ej har bevisbördan. Vad den senare därefter måste konträrt åberopa kallar jag replikfaktum (= motfaktum av andra graden).

Jag kan giva Olivecrona rätt i många stycken. Men enligt min mening

[189] Se Olivecrona a. a. s. 207 f.

[190] Se a. a. s. 217: »För svaranden uppkommer så spörsmålet om han skall bestrida grundrekvisitet, göra ett påstående som utvidgar detta *eller* anföra ett motfaktum» (kurs. här).

[191] A. a. s. 217.

[192] Olivecrona framhåller, att säljaren icke behöver åberopa något ifråga om överenskommelsen om priset till grund för sin talan (se a. a. s. 207). Någon primär åberopsbörda åvilar således ej säljaren.

[193] Säljaren kan t. ex. genom köparens åberopande föranledas att kontrollera uppgiftens riktighet genom att fråga den representant, som å säljarens vägnar ingått avtalet. Denne vitsordar, att det pris, som köparen uppgivit, också blivit avtalat, eftersom ett mindre fel funnits i godset. Detta hade säljaren ej ansett sig ha anledning att räkna med, när han väckte talan.

måste man räkna med icke en enda differentiering av rättsfakta, såsom Olivecrona håller före, utan en dubbel differentiering. Om man så vill kan man utgå från Olivecronas båda principer, den successiva relevansens respektive den successiva verifikationens. Avgörande för den successiva relevansen är *åberopsbördans* fördelning,[194] medan bevisbördan får aktualitet blott i det senare stadiet, verifikationen.[195]

Eftersom åberopsbördans fördelning får aktualitet först, bör man börja med differentieringen i detta hänseende. Först fastställer man, vilka omständigheter käranden i det särskilda typfallet måste åberopa som grund[196] för sitt yrkande, vidare vilka som lämpligen böra hänföras till svarsfakta och åberopas av svaranden, samt vilka som skola utgöra replikfakta, duplikfakta o. s. v.[197] Inom var och en av dessa grupper av omständigheter får man därefter undersöka, vilkendera parten som bör ha *bevisbördan* för de olika fakta, som ingå i gruppen, varvid man har att utgå från de av Olivecrona angivna grunderna för bevisbördans fördelning. Det är alltså a priori ingalunda otänkbart, att svaranden har bevisbördan beträffande en omständighet i grunden eller käranden beträffande ett svarsfaktum.[198] Det skall ingalunda förnekas, att resultatet enligt detta tillvägagångssätt många gånger kommer att bli detsamma som vid en tillämpning av Olivecronas ordning med en enda differentiering, nämligen att åberopsbördan och bevisbördan placeras på samma part. Men i åtskilliga andra fall kommer åberopsbördans fördelning att avvika från bevisbördans. Härom lämnas närmare besked i de följande kapitlen.

Även Ekelöf har i flera av sina arbeten berört förhållandet mellan åberopsbördans och bevisbördans fördelning. Tidigare har Ekelöf därvid förutsatt, att åberopsbördan för en omständighet alltid skulle åvila den part, som därvidlag hade bevisbördan.[199] Sålunda uttalar Ekelöf:

»I 17: 3 p. 2 skulle det alltså komma an på åberopande av den part, som har bevisbördan med avseende på den omständighet, varom fråga är.»[200]

[194] Så även Ekelöf i SvJT 1961 s. 362 samt Bolding: Bevisbördan s. 112.

[195] Den här förfäktade åsikten synes icke i och för sig stå i strid mot Olivecronas mening, att »den judiciella civilrätten ... består av handlingsregler för domaren». I så fall får man dock i ifrågavarande avseende räkna med tvenne kategorier av sådana regler, en avseende åberopsbördan och en avseende bevisbördan.

[196] I denna avhandling har förutsatts, att grunden för käromålet svarar mot vad Olivecrona kallar grundrekvisitet, dock med den modifikationen, att avgörande för vad som skall hänföras till grunden är åberopsbördans och icke bevisbördans fördelning. Se dock ovan s. 138.

[197] Om dessa termer se ovan s. 10 f.

[198] Jfr Bolding: Bevisbördan s. 21.

[199] Ekelöfs resonemang i Grundbegrepp (s. 62 ff.) bygger sålunda på denna förutsättning.

[200] Ekelöf: Rättegång II s. 315. Sitt resonemang stöder Ekelöf på slutsatser angående åberopsbördans och bevisbördans placering vid preskriptionsinvändning. Härom se nedan s. 207 ff.

Emellertid har Ekelöf numera modifierat sin ståndpunkt och framhållit, att det icke generellt kunde sägas, att åberopsbördans fördelning rättade sig efter bevisbördans. Frågan om åberopsbördans placering behövde därför särskilt uppmärksammas.[201] Någon anledning att polemisera mot Ekelöfs tidigare åsikt synes därför icke föreligga.

Vad slutligen angår Bolding, så har denne som bekant pläderat för att bevisbördefrågor i avsevärd omfattning borde lösas enligt överviktsprincipen. Nu är det uppenbart, att denna är otjänlig som grund för åberopsbördans fördelning. Bolding har också uttryckligen framhållit, att åberopsbördans och bevisbördans fördelning icke principiellt sammanfölle,[202] samt att olika ändamålssynpunkter gjorde sig gällande i de båda fallen.[203] Emellertid synes Bolding grunda denna sin uppfattning på RB:s bestämmelser om vad stämningsansökan skall innehålla.[204] Bolding framhåller nämligen, att anledningen till att åberopsbördan för grunden åvilade käranden skulle vara den, »att stämningsansökan har till uppgift att fixera 'ramen för processen' och att därigenom bilda upptakten till ett ur processekonomiska och andra synpunkter lämpligt förfarande.»[205] Denna motivering synes mig ej träffa sakens kärna. De ändamålsskäl, som uppbära åberopsbördan, äro nämligen icke desamma, som gjort sig gällande vid utformningen av bestämmelserna om stämningsansökningens innehåll. Här kan blott hänvisas till vad som tidigare sagts därom.[206] Däremot ger jag Bolding rätt i själva slutsatsen.

[201] Se Ekelöf: Rättegång IV s. 74, vari hänvisas till SvJT 1960 s. 400 f.
[202] Se Bolding: Bevisbördan s. 21 och 112 f. samt Försäkringsfallet s. 20 f.
[203] Se Bolding: Försäkringsfallet s. 21.
[204] RB 42:2 st. 1 mom. 1.
[205] Bolding a. st., jfr Bevisbördan s. 113.
[206] Se ovan s. 124 ff. samt SvJT 1960 s. 399 f.

# Kap. 8.
# Principer för åberopsbördans fördelning.

Vi gripa oss nu an problemet om åberopsbördans fördelning. Undersökningen av doktrinens inställning till fördelningsfrågan har givit vid handen, att man i allmänhet antagit en i huvudsak identisk fördelning av åberopsbörda och bevisbörda. Frågan om ändamålssynpunkterna konvergera har vanligen lämnats obeaktad. Men även om de anförda argumenten för en principiellt likartad fördelning förefallit mindre övertygande eller ibland rent av ohållbara, så kan det ju finnas andra skäl härför, vilka i den hittills förda diskussionen kommit i skymundan. Man måste emellertid även undersöka, om det finns någon fördelningsprincip, som skulle kunna utgöra ett alternativ. Antag, att vissa ändamålsskäl kunna andragas för att åberopsbördans fördelning skall rätta sig efter bevisbördans, samt att det därtill kan uppställas en lämplig annan fördelningsprincip. Skall då den förra principen vara huvudregel och den andra tillämpas blott i undantagsfall, eller bör den förra helt stryka på foten för den senare? För att kunna ge oss i kast med denna vanskliga fråga få vi börja med att utreda, huruvida man överhuvudtaget kan tänka sig en annan funktionsduglig fördelningsprincip än den som accepterats i doktrinen.

Några förslag härtill kunna genast bortsorteras. Att käranden har att åberopa grunden, svaranden motfakta mot grunden o. s. v., utgör sålunda icke någon användbar fördelningsprincip. Därigenom utsäges ju intet om vilka fakta som höra till den ena eller andra gruppen. Avgörande härför torde i dispositiva mål vara just åberopsbördans fördelning.

Lika liten ledning får man ur påståendet, att vardera parten skall åberopa de fakta, som äro till hans förmån.[1] Detta skulle medföra, att båda parterna hade att framställa åberopanden beträffande samma rättsfaktum, och att en åberopsbörda skulle åvila dem båda. Väl är nämligen omständigheten betalning förmånlig för svaranden i ett kravmål, men för käranden är icke-betalning lika förmånligt. Ej heller kan man säga, att åberopsbördan alltid skulle hänföra sig till rättsfaktums positiva sida. Antag t. ex. att en köpare vill yrka skadestånd av säljaren på grund av utebliven leverans. Det är ofrånkomligt att köparen-käranden måste ha åberopsbördan härvidlag.[2] Om denne icke till grund för sin talan måste åberopa, att säljaren icke levererat, vore det omöjligt att avgöra vad kärandens talan egentligen ginge ut på.

[1] Jfr Ekelöf: Rättegång IV s. 90.
[2] Se vidare nedan s. 238 ff.

Men utgör då inte dispositionsprincipen en användbar fördelningsgrund? Eftersom åberopsbördan delvis är motiverad av parternas civilrättsliga befogenhet att disponera över sina tillgångar, ligger det nära till hands att tänka sig följande: Den som kunde disponera över en omständighet med hänsyn till dess juridiska betydelse, skulle vara den som bure ansvaret för att omständigheten åberopades i målet. Borgenären kan t. ex. disponera över försträckningen såtillvida, att han kan avstå från att tillmäta den juridisk betydelse. Motsvarande gäller gäldenären i fråga om betalning. Alltså skulle i ett skuldfordringsmål käranden åberopa försträckning och svaranden betalning. Antag emellertid, att borgenären gör gällande en försträckning, men att det faktiska händelseförloppet ej varit tillräckligt för att konstituera en civilrättsligt giltig försträckning. Över detta synes gäldenären kunna disponera på det viset, att han erkänner försträckning och därigenom giver händelseförloppet en rättslig betydelse, som egentligen icke skulle ha tillkommit detsamma.[3] Och borgenären kan erkänna betalning, trots att någon sådan faktiskt ej ägt rum. Därmed kan han ju också sägas ha en viss förmåga att disponera över betalningen. Och lika väl som en säljare kan säga sig avstå från rättsföljden av att köparen ej reklamerat, kan köparen avstå från att tillägga en reklamationshandling juridisk betydelse. Men vilkendera partens dispositionsbefogenhet skall då vara avgörande för åberopsbördans fördelning? Det enligt RB 17: 3 p. 2 relevanta åberopandet avser ju — som tidigare framhållits[4] — i regel blott den ena av rättsfaktums positiva och negativa sidor. Dispositionsprincipen synes alltså lämna oss i sticket.

En annan möjlighet vore att det med ledning av rättssatssystemets konstruktion ginge att uppställa en fördelningsprincip. Genom en analys av rättssatserna skulle det då vara möjligt att fastställa vad som vore tillräcklig grund för en viss rättsföljd och att utskilja vissa andra omständigheter som motfakta. En sådan uppdelning kan möjligen förefalla genomförbar vid betraktandet av en enstaka rättssats.[5] Men resultatet blir ett annat, om man utvidgar blickfånget till hela rättssatssystemet med dess komplicerade nät av satser, vilka samverka eller motverka varandra. Betingelserna för den abstrakta rättsföljden »*köpare skall betala köpeskillingen*» äro icke blott, att ett köpeavtal med visst innehåll träffats, utan även att avtalet ej är slutet under tvång, att kontrahenterna ha rättshandlingsförmåga, att köpet icke är hävt,

[3] Detta kan åtminstone ske i det fallet, att borgenären framställt ett allmänt åberopande av en individualiserad försträckning utan att uppdela sitt påstående till att omfatta försträckningens olika moment. Erkännandet gör ju vidare uppdelning överflödig (se ovan s. 73 f.) och därigenom döljes, att det faktiskt förelegat en civilrättsligt relevant brist i rättsfaktum. Men såsom vi ovan (s. 59) funnit, torde erkännandet böra tillerkännas verkan även i det fallet, att bristen framgår av kärandens åberopanden.

[4] Se ovan s. 78 ff.

[5] Jfr t. ex. Olivecronas resonemang angående placeringen av åberopsbördan för överenskommelse om köpeskillingens storlek i Rätt och dom s. 207 f.

att köpeskillingen ej redan är erlagd, att förfallodagen är inne o. s. v. Samtliga dessa rättsfakta eller moment i rättsfakta äro av omedelbar betydelse för rättsföljden; brister det i något hänseende, vilket som helst, är rättsföljden icke giltig. En uppdelning av rättsfakta, där somliga tillmätas primär och andra sekundär betydelse, ter sig därför svårgenomförbar. Uppdelningen i de olika grupperna synes bero på åberopsbördans fördelning och kan då icke själv utgöra någon grund för fördelningen.[6]

Även om alla rättsfakta äro lika betydelsefulla, kunde man likväl tänka sig, att lagstiftaren direkt tagit sikte på åberopsbördans fördelning vid formulerandet av rättssatserna, och att man alltså av uttryckssättet i lagen kunde sluta sig till åberopsbördans rätta placering.[7] Försök därtill torde dock vara förfelade. Någon enstaka gång kan man väl i en rättssats finna ett uttryck, som synes giva en fingervisning om placeringen av åberopsbördan.[8] Men även i ett sådant fall kan man knappast draga någon slutsats av att t. ex. ordet åberopa använts. Frågan om åberopsbördans fördelning har säkerligen ej beaktats vid lagens utformning, möjligen med undantag för något enstaka fall. Icke ens det betydligt mera uppmärksammade spörsmålet om bevisbördans fördelning har ju blivit reglerat i lagen annat än i undantagsfall.[9] Om lagstiftaren ägnat någon tanke åt åberopsbördans placering vid utformningen av de civilrättsliga reglerna, skulle man väl finna någon antydan därtill i motiv och förarbeten. När dessa tiga om åberopsbördan, kan man antaga, att denna icke beaktats.

Emellertid kan det tänkas, att man på grundval av sådana skillnader mellan olika grupper av rättsfakta, vilka i och för sig icke äro motiverade av hänsyn till åberopsbördans fördelning, kunde konstruera en fördelningsprincip. Den enda generella möjligheten härtill torde dock vara att anknyta till bevisbördans fördelning.

Anknytningen till bevisbördan framstår emellertid ej som ofrånkomlig. Det är nämligen möjligt att uppställa en fristående princip för åberopsbördans fördelning, vilken åtminstone kan tillämpas som ett komplement till en eventuell huvudregel om att åberopsbördans fördelning skall rätta sig efter bevisbördans. Principen bygger på hänsynen till processens ändamålsenliga anordnande. Med utgångspunkt härifrån *bör åberopsbördan så fördelas mellan parterna, att processmaterialet icke onödigtvis utvidgas utan så vitt möjligt begränsas till det som verkligen är tvistigt mellan parterna.* Härvidlag föreligga dock två olika *processekonomiska* motiveringar, och huvudprincipen

[6] Jfr beträffande bevisbördan Wach: Beweislast s. 363 och Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 70.

[7] Liknande resonemang ha förts i tysk doktrin, när det gällt bevisbördan. Se härom Rosenberg: Beweislast s. 126 ff.

[8] Se t. ex. köplagen § 47: fel i godset må ej av köparen *åberopas* . . .

[9] Se Ekelöf: Rättegång IV s. 75 f.

kan därför uppdelas i två underprinciper. *Pro primo* böra reglerna om åberopsbördan vara så utformade, att de förhindra, att ett stort antal alternativa rättsfakta måste göras till processmaterial för domen. *Pro secundo* bör åberopsbördan beträffande sådana rättsfakta, vilka typiskt sett ofta äro ostridiga, placeras på ett sådant sätt, att rättsfaktum i regel behöver indragas i målet blott när detsamma är tvistigt.

Vid sidan av dessa processekonomiska motiveringar gör sig emellertid en *materiellrättslig* synpunkt gällande, som har samband med den nyssnämnda första underprincipen, och vilken väl i regel leder till samma resultat som en tillämpning av denna. Åberopsbördans fördelning är nämligen avgörande för bevistemats omfattning.[10] Ju fler rättsfakta som måste åberopas, desto flera blir det som skola styrkas. Därest en part för att vinna framgång med sin talan måste både åberopa och styrka ett stort antal alternativa rättsfakta av typen »ej heller föreligger $B^1$, $B^2$, $C^1$, $C^2$ o. s. v.», försvagas hans civilrättsliga position avsevärt.[11] Denna försvagning torde åtminstone ibland böra undvikas genom att åberopsbördan lägges på motparten.

*Exempel 1:* Antag, att borgenären i ett kravmål hade åberopsbördan beträffande ogiltighetsgrunder. Borgenären måste då åberopa icke blott att en eventuellt aktuell ogiltighetsgrund (t. ex. svek) ej förelåge, utan även att överhuvudtaget ingen ogiltighetsgrund funnes, varken svek, hot, omyndighet eller sinnessjukdom o. s. v. I så fall komme alla dessa omständigheter att i varje mål ingå i processmaterialet för domen. Ofta skulle väl gäldenären erkänna vad borgenären härvidlag påstått, särskilt om den förre hade bevisbördan. Men gäldenärens inställning måste alltid fastställas och redovisas i domen. Om däremot gäldenären ålägges åberopsbördan, vinner man, att ogiltighetsgrunder ej få relevans annat än då gäldenären verkligen vill sätta giltigheten ifråga.[12] Vidare aktualiseras i så fall blott den bestämda ogiltighetsgrund, som gäldenären åberopar, medan borgenären skulle behöva åberopa frånvaron av samtliga.[13]

Låt oss för resonemangets skull även antaga, att borgenären jämte åberopsbördan skulle ha bevisbördan för frånvaron av ogiltighetsgrunder. Detta är visserligen ej fallet i gällande rätt, men i vissa andra situationer kan en

[10] Se även SvJT 1960 s. 399 f. samt Ekelöf: Rättegång IV s. 74.

[11] Jfr Gerber s. 11.

[12] Att ålägga gäldenären även bevisbördan förstärker ytterligare denna tendens.

[13] Visserligen skulle borgenären kunna nöja sig med ett allmänt åberopande t. ex. av att svek ej förelåge, såvida gäldenären hade bevisbördan för svek. I så fall skulle nämligen den senare ha att framställa ett konträrt åberopande av en viss sviklig handling (se ovan s. 88 f.). Men även detta synes onödigt invecklat. Och hade borgenären jämväl bevisbördan, skulle han behöva åberopa och styrka, att intet enda tänkbart svikligt förfarande förelegat (jfr SvJT 1960 s. 400), för så vitt man icke underlättade hans processföring genom att även här kräva ett konträrt åberopande av en viss sviklig handling. Men i det sistnämnda fallet vore det enklare att redan från början lägga åberopsbördan på gäldenären.

motsvarande ordning tänkas.[14] Redan den regeln, att borgenären hade att vederlägga gäldenärens påstående om någon viss ogiltighetsgrund, skulle undergräva borgenärernas ställning och skada kreditväsendet. Dessa olägenheter skulle emellertid avsevärt förstärkas, därest borgenärerna hade att visa, att ingen enda tänkbar ogiltighetsgrund förelegat.

*Exempel 2:* Antag, att borgenären[15] i kravmål hade åberopsbördan beträffande betalning. I så fall skulle betalningsfrågan behöva behandlas i samtliga kravmål, utan hänsyn till om den vore tvistig eller ej. Om däremot gäldenären har åberopsbördan, förenklas de mål, där det är ostridigt, att betalning ej skett. Dessa mål utgöra naturligtvis huvudparten av alla kravmål. Liknande synpunkter kunna anföras beträffande fullgörandet av annan avtalad prestation och även för de flesta andra s. k. rättsupphävande fakta.[16]

Det är alltså möjligt att uppställa en princip, som är användbar som rättesnöre vid fördelningen av åberopsbördan. Mot accepterandet av densamma kunde dock invändas, att den vore alltför vag till sin utformning, och att fördelningsfrågan bleve lättare att lösa, om man i stället finge anknyta åberopsbördan till bevisbördan. Den här föreslagna fördelningsprincipen kräver ju alltid, att domaren avgör, vilken placering av åberopsbördan som har bäst skäl för sig. Ett argument för att bevara anknytningen till bevisbördans fördelning skulle därför vara, att regelsystemet därigenom bleve enklare och mera överskådligt. Detta är givetvis ett beaktansvärt ändamålsskäl.

Emellertid torde det knappast förhålla sig på det viset, att en likartad fördelning av åberopsbörda och bevisbörda skulle innebära, att frågan om åberopsbördans rätta placering alltid vore lätt att besvara. Att fastställa vem bevisbördan åvilar vållar nämligen ofta svårigheter. Uttalanden i äldre praxis och doktrin framstå enligt nyare betraktelsesätt mången gång som ohållbara, i vart fall i vad angår motiveringarna. Den bevisbördeteori, som jag för min del funnit mest övertygande, nämligen Olivecronas, kan icke sammanfattas till en allmän princip, från vilken man kan sluta sig till bevisbördans fördelning i särskilda fall. Blott i ett fåtal situationer har Olivecrona angivit lösningar på särskilda fördelningsfrågor, varför det återstår för läsaren att på egen hand lösa den stora massan av fall. Att för åberopsbördans fördelning hänvisa till bevisbördans kan sålunda ibland leda till att man kommer ur askan i elden. Jag skulle nämligen tro, att de ändamålsöverväganden, som man har att företaga enligt den här föreslagna principen, i vart fall ej äro svårare att göra än de många gånger subtila avvä-

[14] Se t. ex. SvJT 1960 s. 403 ff.

[15] Resonemanget avser en fullgörelsetalan av vanlig typ.

[16] A.m. Hammerich s. 173. — Beträffande tioårspreskription, där rättsfaktum dock består av två moment, se nedan s. 207 ff.

gandena av bevisbördefördelningens inverkan på människornas handlande. Skulle utvecklingen dessutom gå i den riktningen, att överviktsprincipen tenderade att breda ut sig på de egentliga bevisbördeteoriernas bekostnad, komme en från bevisbördeproblemet skild princip om åberopsbördans fördelning att framstå som ofrånkomlig.[17]

Nu kunde man emellertid tänka sig, att anknytningen till bevisbördan bibehölles som huvudprincip för åberopsbördans fördelning, men att undantag gjordes, när särskilda skäl talade härför. Det torde nämligen förhålla sig på det viset, att även med tillämpning av en fristående regel om åberopsbördans fördelning denna i ett stort antal fall kommer att sammanfalla med bevisbördans, särskilt beträffande sådana omständigheter, som typiskt sett äro tvistiga. Att å andra sidan undantag måste göras från den tänkta huvudprincipen om likställighet med bevisbördan synes mig ofrånkomligt. Härvidlag får jag hänvisa till min uppsats om åberopsbördan i bilmål.[18] Värdet av en huvudprincip av ifrågavarande innehåll måste dock vara beroende av att undantagen göras fåtaliga och någorlunda klart preciserade. Skulle det visa sig, att undantagen vore många och omfattade omständigheter av sins emellan skiftande typ, kunde man fråga sig, om huvudprincipen överhuvudtaget skulle bli till något gagn. Så snart en tveksam situation döke upp, skulle man ju ställas inför frågan: är detta månne ett undantagsfall? Och då skulle man ändock nödgas göra de ändamålsöverväganden, som den från bevisbördan fristående fördelningsprincipen förutsatte. Ett avgörande val av fördelningsprincip torde därför icke kunna göras utan en genomgång av tänkbara undantagsfall.

En möjlighet vore emellertid, att det funnes argument av mera principiell karaktär mot att skilja åberopsbördans fördelning från bevisbördans. Åberopandet kunde nämligen betraktas som en förklaring om att den åberopande parten ämnade fullgöra sin bevisbörda. Förklaringen tjänade då till att fästa motpartens uppmärksamhet på den åberopade omständigheten och att tvinga denne att bestämma sig för att erkänna eller förneka och eventuellt förebringa motbevisning. Med en sådan uppfattning kunde man t. ex. göra gällande, att de ovan anförda skälen för att gäldenären skulle ha åberopsbördan för ogiltighetsgrunder,[19] t. ex. svek, i själva verket förutsatte, att denne också hade bevisbördan härför. Detta resonemang torde dock leda till oprak-

[17] Se Ekelöf: Rättegång II s. 315 not 78. — Att i en sådan situation kräva kontradiktoriska åberopanden av båda parter angående en viss omständighet synes dock icke nödvändigt. A. m. Ekelöf: Grundbegrepp s. 63 not 20. Ekelöfs resonemang bygger dock på den förutsättningen, att åberopsbördans fördelning rättar sig efter bevisbördans. — Däremot erfordras konträra åberopanden för att domstolen skall kunna grunda domen på sådana särskilda rättsfakta, som väl innefattas i ett kontradiktoriskt åberopande eller ett förnekande, men som därmed ej tillräckligt specificerats.

[18] SvJT 1960 s. 387 ff.

[19] Se ovan s. 199 f.

tiska resultat. *Även om borgenären-käranden ålades bevisbördan* för att svek ej förelegat,[20] synes nämligen åberopsbördan böra åvila gäldenären-svaranden. Då aktualiseras ju frågan om svek i målet blott när den senare framställt invändning därom, medan den motsatta ordningen skulle medföra, att frågan om svek alltid finge uppmärksammas.[21] I flertalet av de fall, där borgenären ej förfarit svikligt, skulle man alldeles i onödan behöva konstatera ostridighet på denna punkt. Visserligen skulle en så oförnuftig placering av bevisbördan fresta gäldenären till att åsidosätta sin sanningsplikt och framställa en invändning om svek, även när densamma i realiteten vore ogrundad. Med en sådan ordning skulle alltså faran öka för att frågan om svek bleve tvistig. Men detta synes mig icke utgöra något argument för att lägga även åberopsbördan på borgenären. Antag nämligen, att gäldenären förnekade borgenärens allmänna åberopande av icke-svek. Den senare finge då särskilt åberopa att icke något enda tänkbart svikligt förfarande låge honom till last. Eftersom borgenären förutsattes ha bevisbördan därvidlag, måste han uppdela sitt allmänna åberopande av icke-svek till att avse de olika tänkbara svekhandlingarna. Gäldenären kunde t. ex. säga: »Jag kan inte veta, om borgenären lurat mig eller ej. Därför kan jag inte erkänna icke-svek.» Så länge som något tänkbart svek icke vore täckt med åberopande, skulle borgenären bära nackdelen därav.[21a]

Visserligen kunde man tänka sig den ordningen, att gäldenären först måste komma med ett konträrt åberopande av ett speciellt svikligt förfarande, trots att han ej hade bevisbördan därvidlag.[21b] Härigenom skulle borgenärens ställning underlättas. En sådan ordning komme dock att medföra onödig omgång. Frågan om svek skulle behöva aktualiseras i alla mål, där den kunde tänkas ha relevans, eftersom käranden hade den primära åberopsbördan. Då är det bättre att redan från början lägga denna på svaranden. Och vidare skulle det vara lika lätt att komma med en obefogad invändning om svek i ett konträrt åberopande som i en invändning, för vilken gäldenären redan från början hade åberopsbördan.

Om man däremot hade den ordningen, att något konträrt åberopande ej erfordrades, synes gäldenärens frestelse att göra frågan om svek tvistig ej minska blott för att åberopsbördan lades på borgenären. Det är ju då lika enkelt för gäldenären att göra frågan om svek tvistig genom att underlåta att erkänna icke-svek som genom att framställa en obefogad invändning därom. Ja, det kan rent av antagas, att frågan då oftare skulle bli tvistig. Att

[20] Så för tysk rätts del LEONHARD s. 392 och 394 beträffande köpmål enligt BGB §§ 443 och 476. A. m. ROSENBERG: Beweislast s. 332 f., väl den numera härskande åsikten.

[21] I annat fall riskerade ju käranden att förlora målet på den grund, att han ej ens åberopat, att svikligt förfarande ej legat honom till last.

[21a] Jfr ovan s. 199 f.

[21b] För resonemangets skull förutsättes alltjämt, att bevisbördan åvilar borgenären.

falskeligen göra gällande en viss sviklig handling av motparten ter sig väl i regel mindre lockande än en förklaring, att man ej kan säkert veta, om motparten förfarit hederligt, och att icke-svek därför ej kan erkännas.

Det finnes sålunda fall, där de olika ändamålsöverväganden, som ligga till grund för bevisbördans respektive åberopsbördans fördelning, leda till att den senare bör placeras på en annan part än den förra. Den omständigheten, att åberopsbördan placeras på det ena eller andra sättet, synes i regel ej heller medföra någon ökning eller minskning av risken för att rättsfakta bli *tvistiga*.[22] Orsaken därtill torde vara, att det är lika enkelt att förneka motpartens åberopande av faktum *A* som att göra invändning om *icke-A*.[23] Däremot synes bevisbördans placering kunna inverka på omfattningen av tvistiga rättsfakta.[24] Om man nämligen lägger bevisbördan för en omständighet på en part, som typiskt sett har svårigheter att prestera full bevisning, lockas nämligen motparten att antingen förneka rättsfaktum ifråga eller åberopa, att detta ej förelegat.

Det förefaller sålunda ej vara riktigt, att, om åberopsbördan lades på den part som ej hade bevisbördan, denne skulle frestas att framställa ett åberopande för att sätta motparten på det hala. Partens strategi skulle nämligen vara densamma, vilkendera som än hade åberopsbördan. Det praktiska tillvägagångssättet skulle endast skifta mellan åberopande och förnekande. Det är visserligen riktigt, att det är den bevisbördebelastade parten som får räkna med att vara mest verksam i processen. Men frågan om fullgörandet av bevisbördan aktualiseras icke blott av partens egen inställning utan även av motpartens. Och det är i och för sig ej orimligare, att motpartens insats därvidlag tar formen av ett åberopande än av ett förnekande eller vägrat erkännande. Ville man tillägga åberopandet någon betydelse utöver den primära innebörden av yrkande att domstolen måtte lägga det åberopade till grund för domen, så kunde man visserligen däri inbegripa en förklaring om att den åberopande ämnade fullgöra sin bevisbörda. Men lika väl kunde man göra gällande, att åberopandet fungerade som en erinran till motparten om att dennes bevisskyldighet blivit aktualiserad. I båda fallen fyller åberopandet den

[22] Däremot kan det hända, att åberopsbördans placering medför att flera rättsfakta dragas in i målet, om åberopsbördan åvilar t. ex. käranden än om svaranden skulle ha densamma. Så kunde det ligga till i det här behandlade fallet med svek, under den resonemangsvis uppställda förutsättningen, att käranden också hade bevisbördan därvidlag. Lägges åberopsbördan på käranden, tvingas ju denne att göra samtliga tänkbara sveksituationer till processmaterial för domen. I och med att stoffet av rättsfakta utvidgas, ökar naturligtvis även risken för att flera av dessa bli tvistiga. En ytterligare förutsättning för resonemanget är dock, att det ej kräves ett konträrt åberopande av den part, som ej har bevisbördan.

[23] Kräves konträrt åberopande av part, som ej har bevisbördan, är det vidare lika enkelt för denne att framställa ett obefogat sådant som att göra en invändning med samma innehåll, om han redan i första hand har åberopsbördan.

[24] Ett exempel hos Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 183.

funktionen, att motparten får taga ställning till det åberopade rättsfaktum och överväga vilka åtgärder han skall vidtaga.

Emellertid låter det sig sägas, att en blivande kärandes beräkningar före processen, om hur hans processföring skall uppläggas och om vad han riskerar i fråga om rättegångskostnader m. m., kanske skulle underlättas, om åberopsbördan och bevisbördan vore fördelade på samma sätt. Parten hade då bättre kontroll över de omständigheter, för vilka han hade bevisbördan, eftersom deras åberopande ankomme på honom. Han behövde ej sväva i ovisshet om huruvida hans bevisbörda skulle aktualiseras i målet genom ett kommande åberopande av motparten.

Emellertid tror jag ej, att en gemensam fördelning av åberopsbörda och bevisbörda skulle innebära någon mera väsentlig lättnad för en blivande kärande. Hans processföring förenklas nämligen även därigenom, att vissa åberopanden överlåtas på den blivande svaranden. På detta sätt komma ju dessa att i många fall hållas utanför processen. Det torde också i regel förhålla sig så, att den blivande käranden mera sällan kan planera processen i detalj, även om åberopsbördans fördelning sammanfaller med bevisbördans. För omständigheter i grunden får i så fall den blivande käranden väl vara beredd att fullgöra sin bevisbörda. Men om han skall tvingas därtill, beror även här på svarandens inställning. Det torde i regel ej föreligga någon nämnvärd skillnad mellan att å ena sidan beräkna, huruvida svaranden kommer att förneka en omständighet i grunden, och att å andra sidan förutse, om han kommer att åberopa dess motsats som motfaktum. Ej heller torde det vara mycket svårare att beräkna, att svaranden skall underlåta ett sådant åberopande, än att han skall erkänna. Vanligen har väl käranden en viss uppfattning om svarandens inställning, innan stämningsansökningen ingives. Och risken för att käranden överrumplas genom ett oväntat åberopande av motfaktum torde många gånger icke vara större än faran för att svaranden oförmodat förnekar en omständighet i grunden. Därtill kommer, att käranden, även om åberopsbördans fördelning sammanfaller med bevisbördans, ändå icke kan bilda sig en säker uppfattning om hur omfattande hans bevisbörda kommer att bliva. Han kan nämligen ej veta, om och i vilken mån han blir tvungen att åberopa och styrka replikfakta.[25] Det ovissa området utökas visserligen, om käranden har bevisbördan beträffande vissa svarsfakta,[25] men olägenheten därav torde icke nämnvärt försvåra hans planering av processföringen.

Det finns emellertid ett mera vägande argument för att sammankoppla fördelningen av bevisbörda och åberopsbörda. Som tidigare framhållits, har en part före och under rättegången att ägna särskild uppmärksamhet åt de omständigheter, för vilka han har bevisbördan. Eftersom han bör ha dessa omständigheter i tankarna, kan det för honom också te sig naturligt och rim-

[25] Om dessa termer se ovan s. 11.

ligt att åberopa dem. Om han däremot har åberopsbördan även för sådana omständigheter, som omfattas av motpartens bevisskyldighet, föreligger det *större risk för att parten glömmer bort att åberopa dem*. I detta fall ökar alltså faran för att en part förlorar målet på vad han kanske uppfattar som en formalitet, vilket kan inverka ogynnsamt på allmänhetens förtroende för rättskipningen. Dessutom kunde en sådan ordning medföra en ökning av antalet överklagade domar, eftersom den försumlige parten ofta såge sig ha anledning att i vart fall få omständigheten beaktad i hovrätten. Detta skulle tendera till att komplicera förfarandet, även om hovrätten väl mera sällan skulle gå så långt som att återförvisa målet till underrätten.

Häremot kan emellertid genmälas, att risken för att en väsentlig omständighet skulle glömmas bort knappast kan vara avsevärt större för en part, som bara har åberopsbördan, än för den som därjämte har bevisbördan. Parterna själva ha väl mera sällan någon uppfattning om bevisbördans placering. Den ökade faran för att ett åberopande glöms bort drabbar därför vanligen partsombuden. Men dessa böra å andra sidan ha en viss rutin och av gammal vana känna till hur mycket som behöver åberopas i olika typer av mål. Dessutom bruka parterna i regel vara måna om att åtminstone föra på tal allting, som synes förmånligt för dem själva, och som inte av särskilda skäl anses böra lämnas utanför målet. I så fall får ju domaren en osökt anledning att fråga parten om omständigheten åberopas. Faran för att en omständighet blir bortglömd är säkerligen störst, när det gäller sådana rättsfakta, vilkas juridiska betydelse parten icke har klar för sig. Och då hjälper ju ej heller anknytningen till bevisbördan.

Å andra sidan skall det icke förnekas, att den berörda risken kan föreligga även i andra situationer, särskilt kanske ifråga om negativa rättsfakta. Antag t. ex., att borgenären hade åberopsbördan för att gäldenären icke betalat fordringen. I ett sådant fall kunde det lätt hända, att borgenären glömde att påstå detta i målet. Emellertid har ju domaren möjlighet att rätta till en sådan sak. Han kan reda upp situationen genom materiell processledning.[26] Men även om kravet på parts aktivitet i processen i någon mån skärpes, såvida man ålägger honom att åberopa även andra omständigheter än dem för vilka han har bevisbördan,[27] så behöver detta dock inte nödvändigtvis innebära någon svårare belastning för parten. Det kan nämligen visa sig, att även om åberopsbördan fördelas efter processuella lämplighetsgrunder, resultatet därav kan bli, att åberopandena skola göras av den part, för vilken det typiskt sett bör vara naturligast att föra ifrågavarande rättsfaktum på tal. Det är därför svårt att fatta ståndpunkt till argumentets värde, innan man undersökt, vilken verkan tillämpningen av de båda fördelningsprinciperna kan komma att få i olika typfall.

[26] Se ovan s. 33 ff.

[27] Detta innebär dock en motsvarande lättnad för motparten.

# Kap. 9.
# Åberopsbördans placering i särskilda fall.
## »Rättsupphävande» fakta.

Enligt det föregående skulle det främsta argumentet för en likartad fördelning av åberopsbörda och bevisbörda vara att regelsystemet därigenom bleve enklare. Argumentets bärkraft vore emellertid väsentligen beroende av antalet undantag från huvudprincipen. Den närmaste uppgiften blir därför att undersöka, i vilken utsträckning sådana undantag framstå som motiverade. Härvid börja vi med sådana rättsfakta, som alltefter åberopsbördans placering få karaktären *antingen av element i grunden eller av svarsfakta.*

Den från bevisbördeläran välkända indelningen av rättsfakta i »rättsgrundande», »rättshindrande» och »rättsupphävande» fakta tillkom på en tid, då man hade andra föreställningar om rättighetsbegreppet än nu. Detta synes dock icke i och för sig utgöra något avgörande skäl för att utan vidare utmönstra indelningen. Måhända kunde denna motiveras av det faktiskt tillämpade sättet att formulera rättssatser och system av sådana. Om man granskar lagens uppbyggnad, finner man, att lagreglerna formulerats med utgångspunkt från föreställningar om rättsföljder, som tänkts vara anknutna till vissa uppkomstgrunder, och som upphävas genom tillkomsten av andra fakta.[1] Bland rättsfakta kan därför utskiljas en grupp, som innefattar allmänna och speciella betingelser för rättsföljders inträde. Till det förhållandet, att en rättsföljd uppkommit på grund av vissa sådana omständigheter, anknyter en annan grupp rättsfakta. Utmärkande för ett rättsfaktum i den senare gruppen är, att dess relevans gjorts beroende av att en rättsföljd redan *tidigare* inträtt.[2] Dessa senare rättsfakta medföra, att rättsföljden antingen förändras eller bortfaller. I det senare fallet betecknas ifrågavarande omständigheter som rättsupphävande. Något ligger det alltså bakom den gamla indelningen i rättsgrundande och rättsupphävande fakta, nämligen den faktiskt tillämpade metoden att utforma rättssatser.

Det synes i regel[3] icke möta något hinder att alltjämt begagna termerna rättsgrundande och rättsupphävande fakta för att beteckna de rättsfakta, vartill rättsföljdens inträde respektive dess upphörande anknyter. Men hur ligger det till med de rättshindrande? Det har ofta framhållits, att lika väl som man säger omständigheten *A* (t. ex. kontrahents sinnessjukdom) vara ett

[1] Jfr Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 60.
[2] Jfr Leonhard s. 162 f. samt Rosenberg: Beweislast s. 100 f. och 119 f.
[3] Svårbedömbara gränsfall torde kunna förekomma, där distinktionen blir av ringa värde.

rättshindrande faktum, man kan kalla *icke-A* ett rättsgrundande.[4] Det torde ofta ha berott på en tillfällighet, om rättsfaktum kommit att utformas på det ena eller andra sättet i lagen. Någon särskild grupp fakta, som lämpligen skulle kunna betecknas som rättshindrande, kan därför ej uppställas. Däremot kan man naturligtvis *bland de rättsgrundande* urskilja en grupp fakta, som avse de allmänna förutsättningarna för rättshandlingars *giltighet*. Även vissa speciella giltighetsförutsättningar kunna lämpligen behandlas som en särskild grupp.

Indelningen i rättsgrundande och rättsupphävande fakta har i och för sig ingen betydelse för *bevisbördans* fördelning. Att en omständighet klassificerats som rättsupphävande utgör intet skäl för att den förpliktade skall ha bevisbördan på denna punkt. Bevisbördans placering motiveras av överväganden av annan art. Men om man granskar resultatet av dessa, visar det sig, att vid fordringsrättigheter gäldenären har bevisbördan för flertalet rättsupphävande fakta. De vanligaste rättsupphävande omständigheterna utgöras ju av fullgörandet av den avtalade prestationen. Och härför bör gäldenären i regel ha bevisbördan. Att ålägga borgenären bevisbördan för att gäldenären icke presterat skulle innebära en betänklig försämring av sanktionsmekanismen.[5] Ovan[6] har emellertid framhållits, att även åberopsbördan i detta hänseende bör åvila gäldenären i mål, där borgenären yrkar prestationens utdömande. Fördelningen av åberopsbörda och bevisbörda kommer här alltså vanligen att sammanfalla.[7] Då borgenären yrkar förpliktande för gäldenären att fullgöra en avtalad prestation, behöver den förre således ej åberopa, att den senare icke presterat, utan gäldenären bör ha att åberopa prestationen som ett svarsfaktum.

### *Åberopsbördan vid tioårspreskription*

Vad därefter angår *tioårspreskription,* så utgör detta ett av de fåtal fall, där åberopsbördans placering blivit föremål för uppmärksamhet i doktrinen. Ekelöf har nämligen hävdat den meningen, att åberopsbördans och bevisbördans placering i detta fall skulle överensstämma. Ekelöf utgår härvid med rätta från att kärandens yrkande om att utfå sin fordran av svaranden icke får ogillas på grund av preskription, om icke svaranden gjort invändning härom. Emellertid motiverar Ekelöf sin åsikt på följande sätt:

[4] Jfr senast Ekelöf: Beweiswürdigung s. 297.
[5] Se Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 167 f.
[6] Se ovan s. 200.
[7] Annorlunda förhåller det sig, om käranden på den underlåtna prestationen kan grunda ett yrkande om något annat än det som skulle ha presterats, t. ex. skadestånd eller vräkning. Se härom nedan s. 236 ff.

»Då *gäldenären har bevisbördan för att skulden är mer än 10 år gammal,* måste det vara denne, som står risken för att det överhuvudtaget inte förekommer något åberopande i preskriptionsfrågan. Borgenären bör nämligen kunna utgå från att om gäldenären *inte ens åberopat* att fordringen är preskriberad — och sålunda inte heller avser att införa någon bevisning härom — så behöver han överhuvudtaget inte föra någon talan i denna fråga.»[8]

Därefter uppställer EKELÖF frågan, om käromålet kan bifallas, därest svaranden gjort preskriptionsinvändning men det av processmaterialet framgår, att preskriptionsavbrott skett. EKELÖF besvarar denna fråga sålunda:

»Eftersom borgenären har bevisbördan i fråga om *preskriptionsavbrott,* är det han som blir lidande på att det *överhuvudtaget* inte åberopas något i denna fråga. Det förefaller då mest ändamålsenligt att anse detsamma vara fallet, *då endast gäldenären åberopat att preskriptionen ej avbrutits.* Även i denna situation bör gäldenären kunna utgå från att han inte behöver föra någon bevisning och argumentation på den ifrågavarande punkten.»[9]

Det kan vara skäl att till en början fastslå vad som i det berörda hänseendet är rättsfaktum. Preskription användes nämligen som en sammanfattande beteckning för de båda omständigheterna att tio år förflutit från fordringens tillkomst[10] samt att det under denna tid icke förekommit någon preskriptionsavbrytande omständighet.[11] Därjämte kan preskription emellertid även beteckna den rättsföljd, som är anknuten till dessa fakta.[12] Finns det nu någon anledning att mellan de båda ovannämnda omständigheterna göra den skillnaden, att enbart den första utgör tillräckligt rättsfaktum för preskription, därest motparten icke åberopar den andra? I så fall skulle domstolen ogilla käromålet på grund av preskription, såvida *dels* gäldenären åberopat, att mer än tio år förflutit, *och dels* borgenären erkänt detta eller så eljest kan anses vara fastställt samt intet vidare förekommit i preskriptionsfrågan. Om däremot båda omständigheterna äro likställda som rättsfakta, skulle gäldenären behöva åberopa jämväl att preskriptionsavbrott icke skett. I så fall skulle emellertid borgenären ha att i sin tur framställa ett konträrt åberopande av någon *särskild* avbrottshandling. En sådan omständighet kan domstolen nämligen ej lägga till grund för domen utan åberopande.[13]

[8] EKELÖF: Rättegång II s. 314. Uttalandet bör ses mot bakgrunden av att EKELÖF då ännu ansåg, att åberopsbördans fördelning alltid rättade sig efter bevisbördans. Denna åsikt har EKELÖF senare modifierat (se Rättegång IV s. 74 f.).

[9] EKELÖF: Rättegång II s. 314 f.

[10] Någon gång anses preskriptionstiden börja löpa först från fordringens förfallodag (se närmare RODHE s. 651 och 665). Så lär förhållandet vara beträffande familjerättsliga underhållsbidrag. Dessa undantagsfall lämnas här obeaktade. Om åberopsbördan för att förfallodagen inträtt se dock nedan s. 249 ff.

[11] Eller att så ej skett under tio år från den preskriptionsavbrytande händelse, som senast inträffat.

[12] Jfr STRÖMBERG s. 15.

[13] Se ovan s. 83 f.

Ekelöf synes nu mena, att den omständigheten, att bevisbördan för fordringens ålder och för preskriptionsavbrott placerats på olika parter, motiverar en motsvarande uppdelning av åberopsbördan. Men hur förhåller det sig med bevisbördan i dessa fall? Det torde vara alldeles tydligt, att borgenären har bevisbördan för preskriptionsavbrott. Däremot kan jag inte finna det lämpligt att ålägga gäldenären bevisbördan för fordringens ålder.[14]

Vi förutsätta, att fordringen grundar sig på en försträckning, och att preskriptionstiden börjar löpa från tidpunkten för fordringens uppkomst. Det torde allmänt och med rätta anses, att borgenären har bevisbördan för att det överhuvudtaget förekommit en försträckning.[15] Borgenären har alltså anledning att säkra bevisning på denna punkt, vilket lämpligen sker genom ett skuldebrev eller annat skriftligt erkännande av skulden. Denna omständighet synes mig tala för att låta honom stå risken även för att tidpunkten för försträckningen ej kan klarläggas. Tidpunkten är ju så intimt förknippad med själva försträckningen, att bevisningen i båda dessa hänseenden kan göras gemensam. Då borgenären redan med hänsyn till själva försträckningen har ett intresse av att skaffa sig en skuldförbindelse, förefaller det rimligare att lägga risken för att förbindelsen ej dagtecknas på honom än på gäldenären. Dessutom torde det vara så, att borgenären i annat sammanhang har bevisbördan för tidpunkten för försträckningen, nämligen när denna ingår i grunden för ett ränteyrkande. Att borgenären redan i ett sammanhang har bevisbördan utgör ett skäl för att han skall ha den även i andra likartade frågor.

Vilka möjligheter har för övrigt gäldenären att säkra bevisningen om tidpunkten? Vid försträckning är gäldenären i underläge. Det är borgenären som sitter med pengarna och kan vägra att låna ut dem. Antag nu, att gäldenären begärde att få en handling av borgenären, där det framgick, när försträckningen skedde. Meningen därmed skulle vara att i sinom tid styrka en av förutsättningarna för preskription. Detta måste stå klart för borgenären. Men vilken borgenär vill låna ut pengar, om gäldenären *dels* sätter ifråga, att det kan gå tio år, innan skulden betalas, *dels* åtminstone som en eventualitet räknar med att slippa betala? Av samma skäl kan borgenären bli misstänksam, om gäldenären infinner sig med vittnen, något som dessutom kan vara obehagligt för gäldenären och skada hans kredit även på andra sätt. Gäldenären kan visserligen insistera på att lämna ett daterat skuldebrev, men han har ingen garanti för att detta kan företes i en kommande process. I en sådan kunde visserligen gäldenären förneka försträckningen för att tvinga borgenären att förete skuldebrevet. Men detta är icke en lösning, som står i god överensstämmelse med rättegångsbalken. RB 43: 6 st. 1 ålägger ju gäl-

[14] Att gäldenären har bevisbördan för fordringens ålder säges i tysk doktrin vara numera obestritt (se Rosenberg: Beweislast s. 164). Se även Korsch s. 40. Jfr Sperl s. 394.
[15] Givetvis har han i kravmål även åberopsbördan härför.

denären att i en sådan situation erkänna försträckningen. Gör han det, kan han väl yrka editionsföreläggande beträffande skuldebrevet. Men säger borgenären, att detta förkommit, måste väl hans påstående i regel tagas för gott. Om skuldebrevet är löpande, behöver gäldenären visserligen ej betala utan att återfå det. Men å andra sidan kan borgenären ganska lätt få skuldebrevet dödat under påstående att det förkommit. Därefter är gäldenären skyldig betala även utan företeende av skuldebrevet. Hans möjligheter att bevisa fordringens ålder synas därför små, därest han inte blir trodd på sitt ord.

Visserligen kan man göra gällande, att preskriptionsreglerna böra tillämpas restriktivt, och att preskriptionsinstitutets ändamål icke motiverar, att gäldenärer få undslippa betalning även i sådana fall, då fordringens ålder är oviss. Men lägges bevisbördan på gäldenären, innebär detta, att denne ofta ej kan skydda sig mot borgenärens påstående, att fordringen är mindre än tio år gammal, i andra fall än då borgenären verkligen företer ett daterat skuldebrev. Att i preskriptionshänseende så premiera fordringar, som grunda sig på muntliga avtal eller odaterade skuldebrev, synes mig föga överensstämma med preskriptionsinstitutets ändamål. En gäldenär, som betalt en skuld på grund av ett muntligt avtal, skulle då behöva bevara kvittot även efter preskriptionstidens utgång. Detta vore väl det enda sättet att avvärja ett nytt krav av borgenären, när gäldenären icke kunde hoppas på att styrka, att fordringen vore så gammal, att den vore preskriberad.

Vidare ha vi att beakta det fallet, att preskriptionstiden icke löper från fordringens uppkomst utan från ett senare preskriptionsavbrott. Borgenären har ju bevisbördan för att preskriptionsavbrott överhuvudtaget förekommit. I så fall bör han ha bevisbördan även för tidpunkten härför. Men därmed har ju borgenären bevisbördan för den omständighet, varifrån den nya preskriptionstiden börjar löpa. Om borgenären nu har bevisbördan för tidpunkten i ett sammanhang, nämligen då det gäller att styrka preskriptionsavbrott, bör han också ha bevisbördan i det här berörda fallet. Utan särskilda skäl bör man ej för en och samma omständighet ålägga borgenären bevisbördan i ett sammanhang och gäldenären i ett annat.[16]

Låt oss t. ex. antaga, att fordringen ostridigt är femton år gammal, och att borgenären åberopat, att preskriptionen avbrutits för åtta år sedan. Gäldenären gör däremot gällande, att någon preskriptionsavbrytande omständighet ej förekommit på de sista tolv åren. Borgenären har då att styrka, att preskriptionsavbrott förekommit på den av honom åberopade tidpunkten. Lyckas han med detta, är gäldenärens invändning vederlagd. Och brister borgenären i fullgörandet av sin bevisbörda, måste käromålet ogillas, eftersom borgenären ej ens åberopat annan preskriptionsavbrytande omständighet under de sist-

[16] Annorlunda kan det förhålla sig med åberopsbördan, se nedan s. 219 not 8.

lidna tio åren. Gäldenären har här ingen anledning att styrka, att preskriptionstiden började löpa för tolv år sedan. Han kan lugnt inskränka sig till att bemöta borgenärens åberopanden och bevisning i fråga om preskriptionsavbrott. Vad gäldenären har att åberopa är sålunda blott att fordringen är äldre än tio år. Därefter måste borgenären åberopa och styrka, att det förekommit preskriptionsavbrott.

Annorlunda torde det ej förhålla sig, om flera preskriptionsavbrott förekommit. Antag t. ex., att borgenären år 1962 yrkar betalning för en fordran, som uppkommit år 1940. Gäldenären invänder, att fordringen är äldre än tio år och förty preskriberad. Borgenären åberopar å sin sida preskriptionsavbrott år 1946 och 1955. Gäldenären förnekar det förra men erkänner det senare avbrottet. Följden härav kan väl icke bli annan än att borgenären måste styrka preskriptionsavbrottet år 1946. Antag emellertid, att gäldenären går längre och erkänner, att borgenären krävt honom en gång tidigare. Gäldenären hävdar dock, att detta krav ägt rum år 1944, att ny preskriptionstid då börjat löpa, och att den följaktligen gått till ända före 1955. Icke kan väl gäldenären därigenom få bevisbördan för preskriptionstidens början? Om det skall vara någon mening med att styrka denna, måste gäldenären väl även bevisa, att preskriptionstiden icke börjat vid en senare tidpunkt, vilket vore detsamma som att ådagalägga frånvaron av senare preskriptionsavbrott. Detta skulle betyda, att bevisbördan för preskriptionsavbrott från att ursprungligen åvila borgenären kunde småningom övergå på gäldenären. En sådan ordning kan inte vara rimlig.

Övervägande skäl synas mig alltså tala för att lägga bevisbördan på borgenären även när det gäller tidpunkten för fordringens uppkomst. Att gäldenären skall ha bevisbördan därvidlag utgör emellertid en förutsättning för Ekelöfs resonemang. Om man antar, att borgenären har bevisbördan, och samtidigt håller i minnet, att Ekelöf då ännu ansåg åberopsbördans fördelning alltid sammanfalla med bevisbördans, så skulle tydligen borgenären ha hela åberopsbördan i preskriptionsfrågan. Men denna ordning avvisar Ekelöf. Härför kunna goda skäl anföras, såsom nedan skall närmare utvecklas.[17]

Vad härefter angår åberopsbördan för *preskriptionsavbrott*, så utgick Ekelöf även på denna punkt från att dess placering är densamma som bevisbördans. Någon annan motivering till att borgenären skall ha åberopsbördan hade Ekelöf ej heller anledning att lämna. Denna motivering kan jag emellertid ej finna ovedersäglig. Däremot vill jag instämma i uttalandet, att gäldenärens påstående om underlåtet preskriptionsavbrott icke skulle befria borgenären från åberopsbördan. Denna kan han ej heller fullgöra genom att för-

[17] Se nedan s. 213 f.

neka gäldenärens åberopande, utan han måste särskilt åberopa någon avbrottshandling.[18]

I det föregående har jag inte tagit ställning till frågan om vilkendera parten som lämpligen bör ha att åberopa preskriptionsfakta. Vad beträffar fordringens ålder erinra vi om det tidigare[19] anmärkta förhållandet, att käranden i regel måste angiva tidpunkten för fordringens uppkomst för att individualisera grunden för sitt yrkande. Då skulle man ju kunna tänka sig, att fordringens ålder utgjorde ett moment i grunden. Emellertid har det tidigare[20] framhållits, att det strängt taget icke är samma sak, att en fordran uppkommit år 1940 och att den år 1962 är över tio år gammal, ehuru det senare utan vidare framgår av det förra. Men fordringens ålder är dock en omständighet, som, där den ej särskilt åberopats, skulle tillföras processmaterialet genom en slutledning. Att redan på denna grund kräva, att åldern särskilt åberopas för att domstolen skall få upptaga denna i domsgrunden, förefaller dock vara att draga ut konsekvenserna av RB 17: 3 p. 2 in absurdum.

Den omständigheten, att käranden måste angiva tidpunkten för fordringens uppkomst för att individualisera grunden, behöver för övrigt icke med nödvändighet innebära, att tidpunkten också utgör ett moment i själva grunden. Tidpunkten är ju här ett identitetskriterium, och såsom Ekelöf påpekat behöver ett sådant icke utgöra ett element i den företeelse, vilkens identitet skall bestämmas.[21] Det förefaller därför tänkbart, att tidpunkten kan åberopas blott som individualiseringsmoment utan att för den skull ingå i grunden.[22]

Det kan vidare tänkas, att fordringen ibland kan individualiseras utan angivande av uppkomstdagen. Antag t. ex., att sterbhusdelägare i en avlidens kvarlåtenskap finna ett odaterat löpande skuldebrev. Dödsboet yrkar på grund därav betalning av gäldenären. Det är då icke orimligt att säga, att företeendet av skuldebrevet kan ersätta angivandet av uppkomstdagen. Det är ju just den fordran, som avses med detta skuldebrev, varom talan förs i må-

[18] Se vidare ovan s. 97 ff. Fallet är analogt med det där behandlade ägofredsexemplet.
[19] Ovan s. 70.
[20] Ovan s. 110.
[21] Se Ekelöf: Grundbegrepp s. 45.
[22] Å andra sidan utgör uppkomsttiden otvivelaktigt ett moment i rättsfaktum i andra sammanhang. Så är fallet, då ränta yrkas från dagen för fordringens uppkomst. Här måste borgenären under alla förhållanden åberopa tidpunkten, eftersom räntan eljest icke låter sig beräknas och domstolen på grund av RB 17: 3 p. 2 ej kan ex officio beakta tidpunkten. Utgör då ej detta ett argument för att borgenären även i andra sammanhang skall ha att åberopa fordringens ålder? Även bortsett från att denna icke är detsamma som tidpunkten för uppkomsten blir svaret nej. Det är icke nödvändigt, att en och samma part har åberopsbördan för en omständighet i alla situationer. De hänsyn, som motivera en i regel enhetlig fördelning av bevisbördan (jfr dock härom Ekelöf: Rättegång IV s. 68 not 6), göra sig nämligen icke gällande, när det gäller åberopsbördan.

let. Domstolen bör dock lämpligen tillse, att skuldebrevet märkes.[23] Eller antag, att en konstnär yrkar betalning för en målning, vilken han sålt till svaranden »för några år sedan». I så fall torde grunden för konstnärens talan vanligen kunna nöjaktigt individualiseras genom angivandet av det sålda, kontrahenterna samt genom en uppgift om att intet annat köpeavtal rörande en liknande sak träffats dem emellan.[24]

Det förefaller sålunda möjligt, att tidpunkten för fordringens uppkomst ibland kan undvaras som individualiseringsmoment. Under sådana omständigheter kan jag inte finna det nödvändigt att tillmäta tidpunkten så stor betydelse, att densamma upphöjes till moment i grunden och tillföres kärandens åberopsbörda. Jag har nämligen svårt att inse lämpligheten i att käromål t. ex. vid svarandens utevaro skulle kunna ogillas blott därför, att käranden underlåtit att åberopa något om när fordringen uppkommit. Om vi bortse från ränteyrkanden o. d., har ju uppkomsttiden vanligen ingen betydelse i rättsföljdshänseende utom för preskription.[25] Och bör det verkligen åligga borgenären-käranden att redan i grunden framställa åberopanden, som huvudsakligen ha betydelse för preskriptionsfrågan?

Ytterligare skäl kunna anföras för att så ej bör vara fallet. Antag nämligen, att domstolen redan på grund av borgenärens åberopande av fordringens uppkomstdag kunde gå in på preskriptionsfrågan. Denna skulle därmed bli aktuell i alla mål, där fordringen vore äldre än tio år. I åtskilliga av dessa skulle det vara ostridigt, att fordringen ej vore preskriberad, och i andra kunde gäldenären vilja avstå från att tillmäta preskription betydelse, t. ex. på grund av att han uppfattar en preskriptionsinvändning som ojuste. Preskriptionsfrågan skulle trots detta alltid aktualiseras. I de fall, där borgenären själv påstått, att fordringen uppkommit för mer än tio år sedan, torde väl gäldenären i regel erkänna detta. Fortsättningen beror på vem som skulle ha åberopsbördan för preskriptionsavbrott. Lades även denna på borgenären, som ju har bevisbördan därvidlag, skulle borgenären redan i stämningsansökningen behöva åberopa preskriptionsavbrott. Om han underläte detta, kunde han ju ej få bifallande tredskodom, för den händelse gäldenären utebleve. Dom-

[23] Se närmare ovan s. 70 f.

[24] Att det sistnämnda uppgives torde dock ej böra utgöra en nödvändig förutsättning för att stämningsansökan skall kunna utfärdas. Visserligen kan det i så fall tänkas, att säljaren sedermera väcker ny talan under påstående av att han sålt två likadana saker till köparen och nu yrkade betalning för den andra. Rättskraftsfrågan kommer då i ett svårbedömbart läge, eftersom man ej kan avgöra vilken av de två sakerna som avsetts i det första målet. Men säljaren torde ha bevisbördan i res-judicatafrågan. Såvida denne lyckas styrka, att två köpeavtal ingåtts, synes rättskraftsfrågan kunna lösas på indirekt väg. Man synes då kunna godtaga ett påstående av säljaren om att det nya yrkandet grundar sig på det av de två köpeavtalen, vilket ej prövats i den tidigare rättegången.

[25] Se även Rosenberg: Beweislast s. 163 f., där ytterligare ett par fall angivas, i vilka uppkomsttiden har betydelse som rättsfaktum.

stolen skulle ju i så fall konstatera: Fordringen har uppkommit å sådan tid, att den kan vara preskriberad. Borgenären har ej ens åberopat preskriptionsavbrott. Ovissheten om avbrott förekommit skall drabba borgenären. Hans talan bör därför ogillas. — Bättre bleve det visserligen, om åberopsbördan beträffande preskriptionsavbrott lades på gäldenären. Då skulle domstolen ej behöva pröva preskriptionsfrågan, om gäldenären underläte att åberopa frånvaron av preskriptionsavbrott. Framställde gäldenären ett sådant påstående, skulle borgenären därefter ha att konträrt åberopa viss preskriptionsavbrytande omständighet. Men även detta innebure ett avsteg från den gällande uppfattningen om att åberopsbördans fördelning skulle överensstämma med bevisbördans. Gäldenären skulle ju då ha den primära åberopsbördan men icke bevisbördan beträffande preskriptionsavbrott.

Även om den sistnämnda ordningen sålunda är tänkbar, förefaller det dock enklast och lämpligast att låta gäldenären vara den som först har att aktualisera preskriptionsfrågan genom ett åberopande. I så fall förenklas nämligen processföringen i alla de mål, där preskription icke är aktuell, eller där gäldenären avstår från att tillmäta den betydelse. Om gäldenären underlåter att åberopa något därvidlag, kan nämligen domstolen lämna preskriptionsfrågan därhän. Domstolen behöver ej ägna tid och uppmärksamhet åt att vid förberedelse och huvudförhandling samt i domen konstatera, att denna fråga är ostridig mellan parterna.

Om det emellertid är gäldenären som har att föra preskription på tal, så bör man av de båda rättsfakta, som utgöra förutsättning för preskription, ålägga honom åberopsbördan åtminstone för att *fordringen är äldre än tio år*. Detta är ju en förutsättning för att preskriptionsavbrott skall få någon betydelse i målet och bör därför åberopas först.

Det förefaller sålunda mest ändamålsenligt, att i detta fall lägga åberopsbördan på gäldenären. Från andra utgångspunkter kommer jag alltså härvidlag till samma resultat som Ekelöf.

Det kan vara lämpligt att i detta sammanhang behandla även frågan om åberopsbördans placering beträffande *preskriptionsavbrott,* ehuru detta icke är ett spörsmål om vad som skall hänföras till grunden respektive svarsfakta. Sedan väl frågan om fordringens ålder frånskilts grunden och gjorts till svarsfaktum, måste ju antingen frånvaron av preskriptionsavbrott utgöra ett element i detta svarsfaktum eller också preskriptionsavbrott vara ett replikfaktum. Vid avgörandet av frågan härom ger det förut tillämpade sättet att resonera ej något entydigt svar. Man kunde säga, att, om åberopsbördan för preskriptionsavbrott lades på borgenären, frågan därom bleve aktuell i ett mindre antal mål än eljest. Emellertid torde det mest typiska vara, att borgenärer yrka betalning blott för fordringar, som de själva anse icke vara preskriberade. Ett påstående från gäldenärens sida om att fordringen vore äldre

än tio år skulle därför i flertalet fall bemötas med en invändning om preskriptionsavbrott.[26] Argumentet kan därför ej tillmätas större vikt.

Man kunde vidare göra gällande, att gäldenären icke behövde räkna med att införa bevisning och argumentation i avbrottsfrågan, med mindre borgenären åberopat någon åtgärd därvidlag. Men detta gäller, huru åberopsbördan än placeras. Även om denna åvilade gäldenären, måste borgenären nämligen framställa ett konträrt åberopande av någon viss avbrottshandling för att domstolen skulle få beakta denna som rättsfaktum.[27] Och även med en motsatt placering av åberopsbördan torde, som vi nyss funnit, borgenären i flertalet fall åberopa preskriptionsavbrott. Dessutom skulle gäldenären, även om han hade en primär åberopsbörda, oftast kunna vänta med att förebringa egen bevisning, till dess borgenären förklarade sig ämna styrka någon viss åberopad avbrottshandling.[28] Om borgenären ej förebringade någon bevisning, kunde ju gäldenären nöja sig med att hänvisa till att borgenären icke fullgjort sin bevisbörda.

Vad härefter angår konsekvenserna av en dom, som grundats på att den ene eller den andre brustit i sin åberopsbörda, så giva ej heller sådana överväganden tydligt utslag. De tre möjligheterna att motivera en sådan dom skulle vara: 1) Svaranden har gjort gällande, att fordringen är preskriberad på grund av att mer än tio år förflutit från dess tillblivelse. Då svaranden emellertid icke ens åberopat frånvaron av preskriptionsavbrott under de sista tio åren, kan rätten icke beakta preskriptionsinvändningen. 2) Svaranden —— — se 1) — — — tillblivelse, samt att preskriptionsavbrott ej förekommit. Käranden har häremot ej ens åberopat någon viss preskriptionsavbrytande omständighet. Förty ogillas käromålet. 3) Svaranden — — — se 1) — — — tillblivelse. Då käranden icke ens påstått, att preskriptionsavbrott förekommit, kan käromålet ej vinna bifall.[29]

Om jag skulle våga lita på mitt juridiska omdöme, finner jag nog den sista varianten mest tilltalande. Vad som i detta fall torde böra tillmätas betydelse är, att den sista lösningen oftare än de förra borde bespara vederbörande part obehagliga överraskningar. Borgenären måste ju i alla händelser åberopa

[26] Visserligen kan det tänkas, att borgenären tagit miste beträffande fordringens ålder eller trott, att gäldenären skulle avstå från att göra preskription gällande. Sådana fall torde dock vara mera sällsynta. Se även rättsfallet SvJT 1943 s. 2 (preskriptionsavbrott genom avbetalning ansågs ha betydelse blott för huvudfordringen, ej för tidigare förfallen ränta, varom särskilt krav ej framställts).

[27] Jfr ovan s. 83 f. och 208.

[28] Alltid kan väl detta ej vara fallet. Ibland kan väl gäldenären befara, att redan borgenärens redogörelse för avbrottshandlingen gjort ett så trovärdigt intryck, att rätten kan tänkas finna avbrottet styrkt redan genom denna utsaga, för så vitt motbevisning ej förebringas.

[29] I fallen 1) och 2) har gäldenären primär åberopsbörda beträffande preskriptionsavbrott. I fall 2) har han visserligen fullgjort denna, men där har borgenären underlåtit att komma med något konträrt åberopande. I fall 3) har borgenären åberopsbördan.

en viss avbrottssituation. På denna bör han ha sin uppmärksamhet riktad även av det skälet, att han har bevisbördan därvidlag.[30] För borgenären borde det därför te sig naturligt att föra avbrottet på tal i målet. Skyldigheten att åberopa preskriptionsavbrottet kan då uppfattas som en naturlig anknytning därtill. Gäldenären torde däremot icke i samma utsträckning ha anledning att tänka på något speciellt händelseförlopp. Det föreligger därför större risk för att gäldenären skulle försumma att åberopa frånvaron av preskriptionsavbrott än att borgenären råkade ut för en liknande malör. Vidare förefaller gäldenärens åberopande av frånvaron av preskriptionsavbrott knappast fylla något egentligt ändamål, eftersom borgenären måste framställa ett konträrt åberopande, även om gäldenären har den primära åberopsbördan. Om det vore så, att det medförde någon begränsning av processmaterialet i ett betydande antal mål, att åberopsbördan lades på gäldenären, så kunde detta vara ett skäl för en sådan placering. Men som vi funnit, torde i de flesta fall borgenären svara med att åberopa någon preskriptionsavbrytande omständighet. Då är det bättre, att endast den senare har någon åberopsbörda. Gäldenären befrias därigenom från en på det hela taget ganska onödig formalitet. *Åberopsbördan för preskriptionsavbrott bör sålunda åvila endast borgenären.*

Det förefaller också troligt, att en sådan lösning är den som kommer den nuvarande tillämpningen i praxis närmast. Utan att ha gjort någon undersökning på denna punkt är det givetvis vanskligt att uttala sig därom. Jag skulle dock tro, att gäldenärer i denna situation vanligen formulera sin invändning i allmännare ordalag och blott påstå, att fordringen är preskriberad,[31] samt att borgenärerna gentemot detta åberopa preskriptionsavbrott.[31a]

### *Åberopsbördan vid preklusion*

Antag, att borgenären yrkar betalning av gäldenären. Den senare invänder, att fordringen prekluderats efter proklama. Här måste gäldenären anses ha åberopsbördan för att offentlig stämning utfärdats och att sexmånadersfristen gått till ända. För dessa omständigheter har han säkerligen också bevisbördan. Men skall gäldenären därtill åberopa, att han icke känt till borgenärens fordran, och att den senare underlåtit att giva den till känna före fristens utgång? Borgenären får anses ha bevisbördan i dessa hänseenden.[32] För att läg-

[30] Antag emellertid, att gäldenären hade bevisbördan beträffande preskriptionsavbrott. I så fall skulle det finnas desto större anledning att lägga åberopsbördan på borgenären. Genom att ålägga denne att åberopa ett visst avbrottstillfälle kunde man då befria gäldenären från den orimligt tunga skyldigheten att åberopa och styrka, att ingen tänkbar avbrottssituation förekommit. Jfr ovan s. 88 f.

[31] Vad detta innebär gör man ej klart för sig.

[31a] Jfr för fransk rätt Motulsky: Principes s. 97.

[32] 12 § preskriptionsförordningen.

ga åberopsbördan på borgenären talar i viss mån, att frågorna om gäldenärens kunskap och om bevakning då icke behöva dragas in i målet i de fall, då borgenären finner det utsiktslöst att göra dem gällande. Processmaterialet skulle visserligen icke bli nämnvärt större, även om frågorna komme upp till behandling efter åberopande av gäldenären, ty i de avsedda fallen skulle då borgenären tiga eller erkänna, varefter käromålet kunde ogillas. Några skäl till att här skilja åberopsbördans placering från bevisbördans synas icke göra sig gällande. Här kunde man alltså tänka sig att tillämpa en *in dubio*-regel av det innehållet, att åberopsbördan bör placeras på samma part som bevisbördan, försåvitt inga starkare skäl för den motsatta placeringen göra sig gällande.

*Omständigheter, som modifiera rättsföljden*

När det därefter gäller sådana rättsfakta, som medföra icke upphävande men väl modifikation av rättsföljden, får man skilja mellan två fall. Det ena innebär, att käranden gör gällande den sålunda modifierade rättsföljden. I så fall böra väl de modifierande omständigheterna behandlas på samma sätt som de rättsgrundande. Dessa fall komma därför att behandlas senare. Om kärandens yrkande däremot korresponderar med den ursprungliga, oförändrade rättsföljden, synes huvudregeln böra vara, att åberopsbördan för de modifierande omständigheterna ålägges svaranden, alldeles oberoende av hur bevisbördan är placerad i de särskilda fallen.[33] Eljest skulle ju kärande i alla mål behöva göra gällande, att några modifierande omständigheter icke förelåge. Detta är onödigt, särskilt som modifikationerna torde vara aktuella blott i en minoritet av målen.

[33] Jfr resonemanget beträffande betalning ovan s. 200.

# Kap. 10.
# Åberopsbördans placering i särskilda fall.
## »Rättsgrundande» fakta.

Vi övergå härefter till de »rättsgrundande» omständigheterna. Vanligen ligger det väl så till, att kärnan bland dessa utgöres av ett visst händelseförlopp, vari svaranden[1] eller båda parterna påstås ha tagit del. Oftast har svaranden företagit någon handling, antingen ensam[2] eller gemensamt med motparten,[3] eller också har svaranden underlåtit att göra något, som käranden menar bort ske.

Nu är det nödvändigt, att käranden till grund för sitt yrkande åberopar åtminstone något bestämt avgränsat rättsgrundande faktum. Antag t. ex., att käranden till stöd för sin talan kunde påstå endast att han hade en fordran mot svaranden på det yrkade beloppet eller att han hade äganderätt till den fastighet han ville vindicera. Visserligen kunna termerna »fordran» och »äganderätt» i dessa situationer uppfattas som komplexa rättsfakta. Såtillvida skulle även en dylik talan bygga på en grund av fakta. Men dessa skulle icke vara tillräckligt preciserade. Grunden skulle bestå av en mängd alternativa omständigheter, vilka endast angivits med en abstrakt samlingsbeteckning. Antag nu, att käranden hade bevisbördan för grunden. Bortsett från den situationen, att svaranden medgåve eller erkände, bleve det omöjligt för käranden att styrka fordringen respektive äganderätten utan att tillika hävda en viss uppkomstgrund. Men de omständigheter, varav denna bestode, måste särskilt åberopas. I regel skulle därför det första, allmänna åberopandet vara meningslöst. För den händelse däremot att svaranden hade bevisbördan, skulle denne för att freda sig mot kärandens yrkande bli tvungen att göra gällande, att den senares yrkande icke vore i något tänkbart avseende grundat. Försvaret mot kärandens påstående om att ha en fordran mot svaranden måste nämligen gå ut på att förneka, att en fordran finnes. Vad processen skulle röra sig om bleve sålunda, huruvida det överhuvudtaget funnes en fordran, icke om käranden hade en sådan på någon viss grund. Väl kunde man tänka sig, att käranden hade att bemöta svarandens påståenden med ett konträrt åberopande av någon viss uppkomstgrund. Men även i detta fall vore kärandens först framställda allmänna åberopande meningslöst.

[1] Resonemanget utgår från en vanlig fullgörelseprocess.
[2] T. ex. skadegörelse.
[3] T. ex. avtal.

I alla händelser måste det således åligga käranden att framställa ett preciserat åberopande av åtminstone vissa väsentliga moment i det »rättsgrundande» händelseförloppet. Detta krav kunde synas tillgodosett genom RB 42: 2 st. 1 mom. 1 jämfört med RB 42: 4 st. 1. Men som vi ovan funnit,[4] skulle svaranden ej kunna inskränka sig till att bemöta kärandens stämningspåståenden, om icke den senare jämväl hade en åberopsbörda för grunden. Frågan blir då hur mycket käranden måste åberopa för att fullgöra sin åberopsbörda, och huru denna förhåller sig till hans bevisbörda.

### I. Positiv handling av den förpliktade.

Om vi nu först hålla oss till det fallet, att den berättigade partens yrkande föranletts av en utfästelse i ett avtal eller en ensidig handling av den förpliktade, så torde det väl oftast förhålla sig så, att den berättigade har bevisbördan för att utfästelsen respektive handlingen verkligen ägt rum samt för hur dessa varit beskaffade. Om t. ex. en skadelidande yrkar skadestånd, måste han ju vanligen styrka, att svaranden företagit den skadegörande handlingen. Och en borgenär, som yrkar betalning av en utlånad summa pengar, har bevisbördan för att det överhuvudtaget skett någon försträckning. En motsatt ordning skulle ju medföra rättsosäkerhet.

Generellt sett torde det vara så, att den som vill stödja ett yrkande på att det förekommit något, som enligt hans mening utgör ett avtal,[5] i regel också har bevisbördan i detta hänseende.[6] Om denna också omfattar villkoren i avtalet är väl mindre klart. Vanligen torde dock den part ha bevisbördan, till vilkens förmån villkoret typiskt sett är.[7] Nu tillhöra emellertid sådana omständigheter som skadegörelse och avtal sådant som den berättigade måste upplysa den förpliktade om för att den senare skall få någon uppfattning om vad den förres talan avser. Och i en fullgörelseprocess måste den berättigade även ha en åberopsbörda därvidlag.[8] De speciella omständighe-

[4] Se ovan s. 20 f. och 124.

[5] Här avses alltså själva händelsen, bortsett från frågan om det varit ett *giltigt* avtal som uppkommit.

[6] Se Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 167.

[7] Bevisbördan för olika typvillkor bör vara enhetligt placerad på en och samma part utan hänsyn till huruvida denne uppträder som kärande eller svarande. Se sålunda beträffande villkoret »sålt i befintligt skick» Olivecrona a. a. s. 200. Frågan får betydelse blott för sådana avtalsvillkor, som avvika från vad som stadgats i dispositiva rättsregler. Om ena parten skulle påstå och den andra förneka, att ett villkor avtalats, som överensstämmer med en dispositiv rättsregel, blir naturligen bevisbörderegleringen irrelevant. Då blir nämligen resultatet detsamma antingen villkoret styrks eller ej.

[8] Likaså vid positiv fastställelsetalan, där den berättigade yrkar fastställelse av rätten till prestation. Vid andra former av fastställelsetalan kan dock åberopsbördans placering bli mera flytande, beroende på nödvändigheten av att en fixerad grund för kärandens yrkande alltid skall finnas. Antag t. ex., att en av kontrahenterna i ett avtalsförhållande gör gällande, att avtalet innehåller en klausul om rätt för honom att under en viss förutsättning frånträda avtalet. Medkontrahenten förnekar, att ett sådant

ter, varav avtalet eller skadegörelsen består, kunna nämligen icke läggas till grund för domen enbart till följd av ett åberopande från svaranden av icke-avtal eller icke-skadegörelse. Omständigheterna måste särskilt åberopas. Detta måste göras av käranden, eftersom denne eljest icke har möjlighet att fullgöra sin bevisbörda. Utan åberopande skulle ju varje bevisning bli meningslös. Om nu käranden i alla händelser måste åberopa något, skulle det med hänsyn till omständigheternas dominerande betydelse vara orimligt, att de åberopades först i tredje omgången, efter det att svaranden kommit till tals. Käranden bör alltså härvidlag ha primär åberopsbörda. Fördelningen av bevisbörda och åberopsbörda skulle här sammanfalla, för så vitt icke svaranden undantagsvis har bevisbördan.[9]

När det gäller de särskilda avtalsvillkoren, blir fördelningsspörsmålet emellertid betydligt mera tveksamt. Detta beror därpå, att många typer av sådana villkor äro ostridiga i ett stort antal mål. Att ålägga käranden att alltid åberopa sådana villkor som element i grunden ter sig därför onödigt omständligt. I de fall då villkoret vid parternas förhandlingar före processen varit ostridigt och ej tilldragit sig någon uppmärksamhet, kunde käranden lätt glömma bort att åberopa detsamma. Vid svarandens utevaro från första inställelsen kunde käranden då ej erhålla bifallande tredskodom. Och om svaranden inställde sig men domstolen ej frågade käranden om hur det förhölle sig med villkoret och denne ej heller själv erinrade sig dess betydelse, skulle käranden tappa målet. I regel skulle väl detta medföra, att käranden vädjade till hovrätten. Om villkoret däremot åberopats, skulle domstolen alltid behöva efterhöra svarandens inställning till omständigheten i fråga och redovisa densamma i domen. Detta skulle medföra onödig omgång i flertalet fall, där svaranden skulle erkänna. Om däremot svaranden har åberopsbördan, kan omständigheten beräknas bli indragen i målet blott när densamma verkligen är tvistig.

Som exempel kan nämnas följande fall: En säljare, som yrkar utfående av köpeskillingen, har såväl bevisbörda[10] som åberopsbörda för att det ingåtts ett köpeavtal mellan parterna. Beträffande avtalets innehåll har säljaren att i grunden för käromålet angiva vad som försålts.[11] Härför bör han även ha bevisbördan.[12] Vad beträffar avtalets villkor i övrigt kan ingen generell

villkor avtalats. Antag vidare, att någondera parten instämmer den andre med yrkande, att det måtte fastställas, att avtalet har det för honom förmånliga innehållet. Frågan om vilkendera parten som har bevisbördan torde vara oberoende av vem som händelsevis råkar stå som kärande. Men vem som än är kärande, måste denne till grund för sin talan åberopa något i fråga om vad avtalet enligt hans mening innehåller eller icke innehåller på denna punkt.

[9] Om detta fall se vidare nedan s. 221 ff.

[10] Jfr Almén—Eklund: Köp s. 32.

[11] Se angående preciseringen härav ovan s. 74, 76 och 213.

[12] Jfr a. a. s. 33.

lösning angivas. Ofta nog torde *köparen* ha den primära åberopsbördan därvidlag. Villkoren skulle alltså i dessa fall få karaktären av svarsfakta. Som exempel må anföras den omständigheten, *att visst lägre pris avtalats.*[13] Därest säljaren vill hävda, att ingen överenskommelse träffats om köpeskillingens storlek, har han emellertid att framställa ett konträrt åberopande härom.[14] Härför har han även bevisbördan.[15] Menar säljaren däremot, att det yrkade priset är avtalat, måste han konträrt åberopa detta som replikfaktum. Likaså torde han i detta avseende ha bevisbördan.[16] I vad angår köparen-svaranden kan sålunda konstateras, att denne har en (primär) åberopsbörda utan att samtidigt ha bevisbördan i samma hänseende.

Likartat torde förhållandet vara med frågan om *förfallodagens inträde.* Det synes ej erforderligt att ålägga säljaren att som ett element i grunden åberopa, att förfallodagen inträtt. I stället bör det ankomma på köparen att göra gällande, att så icke är fallet.[17] Först sedan köparen framställt en invändning härom, behöver säljaren konträrt åberopa vad som härvidlag kan ha avtalats, eller att intet överenskommits på denna punkt. In dubio skall nämligen köpeskillingen gäldas vid anfordran.[18] Även här skulle alltså köparen ha den primära åberopsbördan. Däremot lär säljaren i den nu angivna situationen ha bevisbördan.[19] Åtminstone till en början torde säljaren dock kunna undgå att fullgöra denna genom påståendet, att köparen tillställts faktura med angivande av den påstådda förfallodagen, samt att köparen ej reklamerat därvidlag. För tillställandet av fakturan och dess innehåll måste säljaren ha bevisbördan. Däremot kan bevis icke rimligen krävas av honom för att köparen ej reklamerat. I stället torde köparen ha att styrka ett konträrt åberopande av en viss reklamationshandling.[20]

Vi övergå nu till det fallet, att bevisbördan beträffande dominerande »rättsgrundande» omständigheter omkastats och åvilar svaranden. Bör då denne också ha åberopsbördan? Här skulle jag tro, att det blir nödvändigt att granska varje typfall för sig och se efter, vilka konsekvenser det skulle medföra att lägga även åberopsbördan på svaranden. Jag kan härvidlag hänvisa till min uppsats »Åberopsbördan i bilmål,[21] där det för ett sådant fall hävdas, att

[13] Jfr Olivecrona: Rätt och dom s. 207 samt ovan s. 87 f. och 192 f.
[14] Se ovan s. 87 f. samt Olivecrona: Rätt och dom s. 207.
[15] Almén—Eklund: Köp s. 77 f.
[16] Se a. a. s. 81.
[17] Se vidare s. 249 ff.
[18] 12 § köplagen.
[19] Se Almén—Eklund a. a. s. 127 f. — Eftersom det i regel är olämpligt, att bevisbördan för en och samma omständighet skulle alltefter situationens art åvila än den ena och än den andra parten, bör säljaren genomgående ha bevisbördan härvidlag.
[20] Om reklamation se vidare nedan s. 257 f.
[21] I SvJT 1960 s. 387 ff.

de processuella nackdelarna av att svaranden har åberopsbördan bli avsevärda.

Helt allmänt kan väl sägas, att, om käranden icke behöver åberopa viktiga moment i det »rättsgrundande» händelseförloppet, svaranden måste åberopa och styrka, att *samtliga tänkbara alternativa moment saknas*.[22] Att svaranden har åberopsbördan innebär ju, att det är denne som står risken för att momenten ifråga icke ingått i processmaterialet. Antag exempelvis, att ett »rättsgrundande» händelseförlopp kan bestå av momenten *ABC*, men att även omständigheterna *ABD*, *ABE* och *ABF* kunna utgöra rättsfakta, som motivera den med käromålet korresponderande rättsföljden. Om nu åberopsbördan och bevisbördan åvilar käranden blott för momenten *AB* men svaranden i fråga om *C*, *D*, *E* och *F*, kan käromålet icke ogillas, om svaranden blott åberopar och styrker, att *C* icke inträffat. Det är ju nämligen tänkbart, att något av momenten *D*—*F* faktiskt förelegat. Och ovissheten härom får i denna situation icke gå ut över käranden. Detta skulle nämligen innebära, att åberopsbördan komme att åvila honom. Svaranden måste följaktligen åberopa och styrka, att varken *D*, *E* eller *F* förelegat. Särskilt om de alternativa omständigheterna äro talrika, innebär en sådan ordning, att processen sväller ut, ibland i onödan, ibland kanske utöver gränsen till ett rimligt och hanterligt omfång. Om däremot käranden har en åberopsbörda, kan han lämna vissa alternativa rättsfakta utanför processen och ändå ha framgång med sin talan. Visserligen kan käranden frestas att åberopa hela raden av alternativa omständigheter i förhoppning, att svaranden alltid skall misslyckas att fullgöra sin bevisbörda beträffande någon av dem. Men många gånger måste käranden inse, att detta är onödigt. Somliga moment kunna vara sådana, att svaranden måste antagas vara istånd att utan större besvär vederlägga ett påstående därom. Och andra kunna med betydande grad av säkerhet beräknas leda till framgång för käranden. Finnas sådana för käranden klart förmånliga omständigheter, ter det sig onödigt att åberopa alternativ härtill. Käranden har alltså möjlighet att sovra bland de alternativa omständigheterna, att rensa bort klart oförmånliga sådana och att koncentrera sig på de klart förmånliga. Om däremot svaranden hade åberopsbördan, skulle varje försök att sovra bland de alternativa fakta medföra, att domen ginge svaranden emot.

Särskilt i skadeståndsmål äro de tänkbara alternativa skadevållande omständigheterna av betydande omfattning. Och häribland ingå icke blott handlingar av svaranden utan även underlåtenheter. Några exempel på

[22] Förutsättningen är dock, att svaranden har åberopsbördan beträffande alla de alternativa momenten. Emellertid bör åberopsbördan vid alternativa omständigheter fördelas enhetligt och åvila endast ena parten. Eljest uppstå betydande olägenheter. Se härom nedan s. 245 f.

åberopsbördefrågor vid skadestånd i obligationsförhållanden få därför bilda övergång till nästa avdelning, som kommer att behandla åberopsbördan för underlåtenhet.

*1. Åberopsbördan för försummelse enligt 23 § köplagen.*

Enligt 23 § köplagen är säljaren vid specieskköp skadeståndsskyldig, om köparen lidit skada genom dröjsmål med godsets avlämnande och säljaren ej kan visa, att dröjsmålet icke kan tillräknas honom såsom försummelse. Säljaren har alltså bevisbördan i culpafrågan; han skall exculpera sig. Men hur bör det förhålla sig med åberopsbördan i detta hänseende? Frågan är ganska invecklad.

I rättsfaktum ingår till att börja med själva dröjsmålet med leveransen. Denna omständighet bör, enligt vad senare skall visas,[23] åberopas av köparen.[24] Vidare skall dröjsmålet kunna tillräknas säljaren såsom försummelse. Däri måste anses ingå, att dröjsmålet skall kunna föras tillbaka på en culpös handling eller underlåtenhet av säljaren eller av någon, för vilkens handlande denne ansvarar. Emellertid är det ingalunda säkert, att dröjsmålet alltid är omedelbart orsakat av den försumliga åtgärden. Om vi kalla dröjsmålet för faktum *A*, kan det mycket väl förhålla sig så, att *A* är orsakat av *B*, som icke är någon försummelse, men att *B* i sin tur orsakats av den culpösa handlingen *C*.[25] På detta sätt kunna kortare eller längre orsakskedjor existera i olika fall. För den händelse att ett sådant mera komplicerat orsakssammanhang föreligger, är det icke endast säljarens försumliga handling eller underlåtenhet som utgör rättsfaktum. Försummelsen måste nämligen kunna bindas ihop med dröjsmålet. Därför måste även mellanliggande led i orsakssammanhanget anses ingå i rättsfaktum. Sålunda äro i det nyss angivna exemplet icke blott *A* och *C* utan även *B* rättsfakta.

Därmed äro emellertid icke samtliga moment i rättsfaktum försummelse angivna. Ibland kan visserligen säljarens handling eller underlåtenhet redan i och för sig betraktas såsom försumlig. Men ej alltid är det så enkelt. Ofta måste säljarens handlingssätt bedömas med hänsyn till en rad andra faktiska förhållanden. En åtgärd kan framstå som försvarlig i en situation men

[23] Se nedan s. 238 ff.

[24] Vi förutsätta i det följande, att köparen är kärande i målet och yrkar skadestånd av säljaren. Men köparen har även åberopsbördan för dröjsmålet, därest det är säljaren som väckt talan om utfående av köpeskillingen och köparen vill kvitta med skadeståndsfordringen.

[25] Exempel: Kreatursh andlanden S har icke på utfäst tid kunnat avlämna en häst till köparen K (rättsfaktum *A*). Dröjsmålet har berott på förbud enligt epizootilagen (faktum *B*). Förbudet har i sin tur orsakats av att S vårdslöst utsatt sina djur för smitta (faktum *C*). Om detta exempel se vidare nedan s. 226 ff.

klandervärd i en annan. Ofta måste domstolen alltså grunda sitt avgörande i culpa-frågan på omständigheter utanför det egentliga händelseförloppet,[27] fakta som bilda den situation, i vilken säljaren befann sig. Dessa omständigheter ha karaktär av rättsfakta i den mån de äro erforderliga för att frågan om försummelse eller ej skall kunna besvaras. De kallas i det följande för »miljöfakta».[28]

Vi återgå nu till frågan om åberopsbördans fördelning i vållandefrågan. Till att börja med synes det rätt klart, att köparen icke skall behöva åberopa något härvidlag som grund för sitt yrkande. Orsaken härtill är, att köparen typiskt sett icke har några större möjligheter att få reda på vad som orsakat dröjsmålet med leveransen. Vad säljaren än gjort eller underlåtit, har det vanligen skett i köparens frånvaro. Och säljaren torde mera sällan vara benägen att avslöja någon försumlig handling för köparen.[29] Den förre kan mycket väl tänkas vägra att lämna några uppgifter om anledningen till dröjsmålet. Att lägga åberopsbördan för orsakssammanhanget på köparen synes därför så pass mycket försvåra dennes ställning, att det kunde sägas motverka syftet med 23 § köplagen.[30] Visserligen kunde köparen, om han hade åberopsbördan, påstå en rad möjliga orsaker till dröjsmålet i förhoppning, att säljaren alltid skulle misslyckas att exculpera sig beträffande någon av dem. Men detta skulle ha olämpliga konsekvenser för processens omfång, samtidigt som det skulle uppamma parter till att komma med lösa påståenden.

Nu kunde man tro, att det också skulle inverka menligt på processmaterialets omfång att lägga åberopsbördan på säljaren. Men så förhåller det sig i regel inte. Det bör nämligen beaktas, att dröjsmålet vanligen har en bestämd orsak, låt vara i form av en kedja, där den ena orsaken ger den andra.[31] Säljaren bör ha den verkliga orsaken eller orsakskedjan klar för sig, särskilt som han har bevisbördan därvidlag. Om säljaren vill bestrida köparens yrkande och hävda, att någon försummelse icke ligger honom till last, måste hans försvarsstrategi gå ut på att göra gällande, att dröjsmålet varit orsakat på ett bestämt sätt. Lyckas säljaren styrka sitt påstående därom, medför detta, att andra tänkbara orsakssammanhang uteslutas. Ovissheten om deras förekomst spelar följaktligen ingen roll i målet. Sälja-

[27] Jfr Welamson: Rättskraft s. 87 ff.
[28] Se även SvJT 1960 s. 397.
[29] Jfr Almén—Eklund: Köp s. 273.
[30] Att en motsatt lösning kan föreslås för bilskademål (se SvJT 1960 s. 387 ff.), beror på att den skadelidande där har avsevärt mycket större möjligheter att finna en lämplig grund för sin talan, även om han har åberopsbördan. I regel finns ju en polisrapport att tillgå och åtminstone i lindrigare fall den skadelidandes egen eller hans folks minnesbild av olyckan. Vidare äro förhållandena på olycksplatsen kända.
[31] Någon gång torde väl flera samverkande orsakskedjor kunna ifrågakomma. Jfr nedan not 33.

ren behöver därför ej åberopa deras icke-existens. Och om säljaren ej lyckas bevisa, att dröjsmålet orsakats på det sätt han påstått, torde han nästan aldrig ha något annat orsakssammanhang eller något alternativt led i den ursprungligen åberopade orsakskedjan att göra gällande. Någon mera betydande nackdel av att lägga åberopsbördan för orsakssammanhanget på säljaren synes således icke föreligga. Däremot resulterar en motsatt placering av åberopsbördan i de ovan[32] nämnda olägenheterna. Någon tvekan bör därför knappast råda därom, att åberopsbördan åtminstone i denna del bör åvila säljaren. Orsakssammanhanget blir därmed svarsfaktum. Vad som här skall åberopas synes vara det yttre händelseförloppet, och till en början behöver säljaren åberopa detta blott i grova drag.[32a] Endast på de punkter, som visa sig kontroversiella, kunna därefter mera detaljerade påståenden bli erforderliga.[33]

Härefter övergå vi till åberopsbördan beträffande säljarens *culpa*. Den culpösa handlingen är i och för sig ett led i det orsakssammanhang, som utmynnat i dröjsmålet. Antag nu, att säljaren bestrider käromålet under åberopande av att dröjsmålet orsakats på ett visst bestämt sätt. Då måste det vara hans mening, att vad han påstått fritager honom från försummelse. Denna uppfattning kan han pläderingsvis hävda i rättsfrågan. Emellertid kan det mycket väl ha inträffat, att det påstådda orsakssammanhanget är riktigt, men att säljaren likväl förfarit försumligt. Denne har t. ex. åberopat orsaksleden *A* och *B*, vilka synas innebära casus. I själva verket har emel-

[32] S. 224.

[32a] Antag, att köparen häremot åberopar ett annat händelseförlopp, vilket han menar vara den verkliga orsaken till dröjsmålet. Om detta händelseförlopp fastställes i målet, skall domstolen beakta det som *bevisfaktum* för att det av säljaren åberopade händelseförloppet ej existerat. Domen skall alltså grundas på att det är styrkt, att dröjsmålet ej haft den orsak, som säljaren påstått, varför denne ej är exculperad. Käromålet skall alltså bifallas. Om domstolen emellertid skulle finna, att det av köparen åberopade händelseförloppet visserligen är styrkt, men att detta — tvärtemot vad köparen menat — fritager säljaren från försummelse, så får domstolen ej beakta detta orsakssammanhang som rättsfaktum och lägga detsamma till grund för en dom, vari köparens yrkande ogillas, med mindre även säljaren åberopat händelseförloppet ifråga. Jfr ovan s. 123. Det sagda gäller ej fall med två självständigt verkande orsakssammanhang, varom se not 33.

[33] Jfr ovan s. 73 ff. — Huruvida säljaren är skadeståndsskyldig, därest två självständigt verkande orsaker till dröjsmålet föreligga, den ena casuell och den andra culpös, synes vara ovisst (se Rodhe s. 463 f. med där angiven litteratur). För den händelse att skadeståndsskyldighet någon gång skulle ifrågakomma, torde det icke rimligen böra krävas av säljaren, att denne jämsides med det casuella orsakssammanhanget skall åberopa, att ingen självständigt verkande culpös orsak förelegat. Fall med två självständigt verkande orsaker anses inom kontraktsrätten mycket sällsynta (se Rodhe s. 303). Om emellertid säljaren hade åberopsbördan även i ifrågavarande hänseende, skulle denne *i alla mål* behöva åberopa, att ingen självständigt verkande culpös orsak förefunnits. Härför skulle han även ha bevisbördan. Denna ordning synes alltför mycket inkräkta på säljares trygghet samtidigt som den skulle innebära, att domstolen alltid och även i enkla mål skulle behöva ägna uppmärksamhet åt en så speciell fråga. Den självständigt verkande culpösa orsaken torde därför böra utgöra ett replikfaktum, vilket således bör ankomma på köparen att åberopa.

lertid $B$ i sin tur orsakats av den culpösa omständigheten $C$, vilken säljaren underlåtit att nämna. Eller också kan det förhålla sig så, att $B$ framstår som en culpös handling, försåvitt man även känner till omständigheterna $M^1$ och $M^2$.

Hur förhåller det sig nu med åberopsbördan för de omständigheter, som konstituera culpa. Måste säljaren särskilt åberopa, att han icke genom någon handling eller underlåtenhet vållat dröjsmålet? Om köparen ej skulle ha någon åberopsbörda därvidlag, betyder detta, att samtliga tänkbara försummelser dragas in i målet, och att säljaren måste visa, att inga som helst omständigheter föreligga, vilka kunna medföra att någon del av det åberopade orsakssammanhanget framstår som en försummelse, samt att orsakssammanhanget såtillvida är fullständigt att ingen culpös orsak fördolts. Om någon tänkbar försummelse kvarstår ovederlagd, betyder nämligen detta, att säljaren skall bära nackdelen därav. Därmed skulle mål om skadestånd enligt 23 § köplagen tendera till att bliva mycket omfattande och svårhanterliga. Särskilt skulle det vara svårt att bedöma, vilka »miljöfakta» som kunde tänkas ha förelegat och som kunde få säljarens handlingssätt att framstå som culpöst. En sådan ordning synes även menligt inverka på säljares trygghet. Dessas möjligheter att undgå skadeståndsskyldighet skulle ytterligare minskas. Visserligen anses skillnaden mellan 23 § och 24 § köplagen icke vara alltför genomgripande.[34] Men att ålägga säljare en sådan åberopsbörda och därmed avsevärt utvidga hans bevisbörda förefaller vara att gå för långt. Om däremot köparen hade en åberopsbörda, kunde målet inskränkas till att omfatta enbart det eller de försumliga moment i orsakssammanhanget, vilka köparen gjort gällande. Detta måste vara en ej obetydlig processekonomisk fördel.

Måhända skulle den vidare diskussionen vinna i tydlighet genom att frågan konkretiserades i ett par exempel.

*Fall 1:* Käranden, en norrländsk lantbrukare, yrkar skadestånd av svaranden, en kreatursthandlande, och åberopar till grund härför följande omständigheter: Genom avtal den 1 november 1962 försålde svaranden till käranden hästen »Docka». Då köparen ej kunnat genast erlägga köpeskillingen, hade parterna avtalat, att hästen skulle avlämnas den 10 november under förutsättning, att betalning då skett. Den 7 november hade köparen medelst postanvisning översänt köpeskillingen. När han sedan på morgonen den 10 infunnit sig hos säljaren, hade denne ej kunnat avlämna hästen. Först den 15 december hade köparen kunnat komma i besittning av denna. Till följd härav hade han gått miste om vissa kontraherade skogskörslor. Skadan kunde beräknas på visst sätt.

Säljaren bestrider käromålet och genmäler: Vad köparen åberopat erkändes. Orsaken till dröjsmålet vore, att länsveterinären den 3 november förklarat säljarens kreatursstallar spärrade och meddelat förbud mot kreaturs bortförande

[34] Se Almén—Eklund: Köp s. 271.

därifrån. Misstanke om epizooti hos kreaturen hade nämligen uppkommit. Säljaren hade förgäves protesterat och framhållit, att misstanken vore grundlös. Han hade många års erfarenhet av kreatur och kunde lika väl som någon veterinär bedöma, om de vore smittade eller ej. Det hade också visat sig, att säljarens djur verkligen varit smittfria. Först därefter hade isoleringen den 14 december hävts. På grund härav menade säljaren, att dröjsmålet med avlämnandet omöjligen kunde tillräknas honom såsom försummelse.

*Fall 2:* Käranden, en åkare, yrkar skadestånd av svaranden, en bilhandlande, och åberopar till grund härför: Genom avtal en angiven dag försålde svaranden till käranden lastbilen J 1234 av ett i Sverige ovanligt märke. Bilen hade vid köpetillfället varit behäftad med ett maskinellt fel, vilket säljaren åtagit sig att avhjälpa före avlämnandet. Till följd därav skulle bilen enligt avtalet ej levereras förrän en månad efter dess ingående. Någon leverans hade emellertid ej kommit till stånd förrän avsevärd tid därefter, närmare angiven. På grund därav hade köparen gått miste om utförandet av vissa körningar och sålunda lidit skada genom utebliven förtjänst däråa. Skadan kunde beräknas på visst sätt.

Säljaren bestrider käromålet och anför: Vad köparen åberopat erkändes. Dröjsmålet hade emellertid berott på följande omständigheter: För att sätta bilen i kontraktsenligt skick hade det varit nödvändigt att byta ut en defekt motordel. Denna hade säljaren genast rekvirerat från generalagenten för bilmärket i Stockholm, A. Denne hade dock ej maskindelen i lager, utan den måste importeras från England. Maskindelen hade också inlastats på ett fartyg i engelsk hamn omkring 10 dagar efter beställningen. Innan fartyget hunnit bli färdiglastat, hade emellertid hamnstrejk utbrutit i lastningshamnen, varför fartyget kommit att bli kvarliggande där ytterligare fem veckor. När reservdelen slutligen kommit säljaren till handa, hade leveranstiden för bilen för länge sedan gått ut. Med hänsyn därtill och då säljaren förgäves sökt anskaffa reservdelen även från de tre största återförsäljarna av bilmärket i Sverige, ansåge sig säljaren ha gjort allt vad som skäligen kunnat begäras av honom. Dröjsmålet kunde därför ej tillräknas honom såsom försummelse. Att säljaren bleve ersättningsskyldig, vore för övrigt högst orättvist, eftersom han ej i sin tur kunde vända sig mot A på grund av en friskrivningsklausul, som denne utnyttjat.

Antag nu, att säljaren i dessa fall har åberopsbördan i culpafrågan. Domstolen måste då resonera på följande sätt: Säljaren har åberopat (och styrkt), att dröjsmålet haft en viss orsak, i det ena fallet myndighets förbud, i det andra en hamnstrejk. I och för sig skulle säljaren måhända ej kunna göras ansvarig härför. Men kanske har det ändå förelegat någon försummelse på säljarens sida. Hur kom det sig i fall 1, att länsveterinärens förbud drabbade säljaren? Har månne denne ej åberopat hela det relevanta orsakssammanhanget utan avbrutit detta omedelbart framför någon försumlig åtgärd? Om det är riktigt, som en nämndeman tror, har kanske säljaren vårdslöst framkallat förbudet genom att hemföra djur från en smittad trakt. Och hur är det i fall 2? Har säljaren måhända vårdslöst underlåtit någon

åtgärd, som kunnat trots allt förhindra dröjsmålet? Fanns maskindelen möjligen att tillgå annorstädes? Hade säljaren ytterligare bilar av samma typ på lager? I så fall hade han måhända kunnat montera bort maskindelen på en av dessa för att senare ersätta denna med den importerade.[35] Det är ovisst, huru därmed förhåller sig. Säljaren skall bära nackdelen därav.

Antag, att domstolen ställer sig dessa frågor först vid överläggningen till dom. Domstolen kan då förfara på två sätt. Det ena är att avkunna dom och bifalla käromålet med motivering, att säljaren icke i allo exculperat sig. Men därmed skulle denne överrumplas. Säljaren borde få tillfälle att försvara sig mot de nytillkomna omständigheterna. Det behöver ju ej alls förhålla sig så, som domstolen misstänker. Visserligen kunde man säga, att säljaren finge skylla sig själv, då han icke gittat prestera ett hållbart försvar. Men antalet överklagade domar skulle öka, vilket icke kan vara någon fördel. Och en svarande, som kände domstolens praxis, skulle belamra målet med allt möjligt exculpationsmaterial, som han kunde komma att tänka på.

Den andra möjligheten för domstolen är att återupptaga huvudförhandlingen och lämna parterna tillfälle att yttra sig angående de nya misstankarna. Detta medför ökade besvär och kostnader samt tidsutdräkt. Dessutom är det ingenting som hindrar, att nya misstänkta omständigheter döke upp vid nästa överläggning till dom, med påföljd att ytterligare ett återupptagande av huvudförhandlingen syntes erforderligt.

Domstolen måste naturligtvis vara angelägen om att förebygga sådant. Detta skulle väl bäst kunna ske genom att främst under förberedelsen utsätta säljaren för en grundlig utfrågning. Därmed skulle ur säljarens synvinkel hans farligaste motståndare icke vara motparten utan domstolen. Köparen däremot kunde slå sig till ro. Detta kan ej vara någon idealisk ordning.

Antag vidare, att domstolen tillfrågar säljaren, huruvida denne företagit en viss åtgärd, vars underlåtande kunde tänkas utgöra en försummelse. Med tanke på att han har bevisbördan för handlingen svarar säljaren som sanningen är, att han ej kommit att tänka på denna möjlighet och därför ej handlat på ifrågavarande sätt. Köparen ingriper nu och säger sig ej vilja lägga svaranden till last, att denne därvidlag varit passiv. En sådan förklaring skulle emellertid vara utan betydelse, om köparen ej hade en åberopsbörda. Domstolen skulle icke kunna undgå att finna, att säljaren ej ens åberopat, att han företagit åtgärden. Detta synes ej stå i god överensstämmelse med dispositionsprincipen. I själva verket synes denna ordning innebära, att domstolen på en omväg kan ex officio införa rättsfakta.

[35] Här är icke platsen att diskutera den civilrättsliga frågan. Vi förutsätta för resonemangets skull, att säljaren skulle vara exculperad, därest dessa ytterligare omständigheter ej föreligga, men att deras existens innebär försummelse.

Att lägga åberopsbördan på säljaren synes vidare ställa stora krav på domarnas fantasi. Antag t. ex., att det i det ovannämnda[36] fall 2 faktiskt legat till på följande sätt:

Generalagenturen för bilmärket ifråga hade tidigare innehafts av ett annat bolag, B, som jämväl bedrivit reparationsverksamhet och härför haft ett stort reservdelslager. Verkstaden och lagret hade emellertid ej övergått på den nye generalagenten A utan innehades alltjämt av B. Vid skiftet av agenturen hade missämja uppkommit mellan B och A, varför den senare knappast kunde väntas vända sig till den förre med begäran om hjälp. Däremot hade ingenting hindrat, att svaranden hänvänt sig till B. Svaranden hade representerat bilmärket i många år och kände mycket väl till rådande förhållanden. Däremot hade han haft en nyanställd verkmästare. Det var denne, som stått för rekvisitionen av reservdelen. Emellertid hade svaranden av vårdslöshet försummat att underrätta verkmästaren om att B borde tillfrågas. Svaranden hade stått i begrepp att göra detta, när verkmästaren fått telefon. Då hade svaranden uppskjutit underrättelsen i tanke, att allt nog skulle ordna sig ändå, och därefter glömt hela saken. B hade omgående kunnat leverera reservdelen.

Den här relaterade historien förefaller mig ha kunnat inträffa i verkligheten. Orimligare är den icke. Men utan kännedom om affärsförhållandena i branschen skulle knappast någon domare komma att tänka på denna möjlighet. De faktiska förhållandena kunna dessutom vara betydligt mer invecklade i det enskilda fallet. Domstolen har ofta nog ingen rutin i de mångahanda typer av mål, som kunna dyka upp, ty särskilt ofta förekomma de i regel ej. Det skulle därför föreligga en viss risk för att domstolen trots alla ansträngningar ej beaktade samtliga tänkbara försummelser utan dömde fel. Om käromålet på grund därav skulle ogillas, komme åberopsbördan att *de facto* överskjutas på köparen. Då vore det ju denne, som finge bära nackdelen av att relevanta omständigheter ej åberopats.

För att åberopsbördan beträffande säljarens culpa skall åvila köparen kunna sålunda anföras tungt vägande skäl. Processmaterialet av rättsfakta inskränkes till att omfatta blott de försummelser, vilka köparen vill göra gällande. Köparen kan sovra i detta material, säljaren icke. Köparen betages ej den möjlighet att välja vad han vill lägga säljaren till last, vilken han bör ha enligt dispositionsprincipen. Och köparen tvingas vara mera aktiv i processen, vilket enbart är av godo. Köparen bör ju åtminstone ha bättre kännedom än domstolen om målets relevanta enskildheter. Mången gång är även köparen fackman. Och i vart fall bör köparens advokat ha friare händer och bättre möjligheter att utforska vad som inträffat.

Visserligen kvarstår det argumentet mot att ålägga köparen åberopsbördan, att denne i regel ej varit närvarande, när någon eventuell försummelse ägt rum, och att han därför ej gärna kan veta något därom. Men härvidlag

[36] Ovan s. 227.

må beaktas, att säljaren först har att åberopa hur förseningen enligt hans mening uppkommit. Gör ej säljaren detta, har han brustit i sin åberopsbörda. Och säljaren måste i regel åberopa det yttre händelseförloppet så som det verkligen ägt rum, eftersom han ju har bevisbördan därvidlag. Några påhitt kan han vanligen inte räkna med att kunna styrka, även om han behärskar bevismaterialet. Att säljaren skulle lyckas styrka ett falskt orsakssammanhang synes mig vara mindre vanligt förekommande, särskilt som det icke finns någon anledning att godtaga annat än en stark bevisning därvidlag.

För den händelse att säljaren ej förmår åberopa och styrka någon godtagbar orsak till dröjsmålet, kan domstolen redan på denna grund bifalla köparens talan. Culpa-frågan behöver då ej prövas vidare och det saknar betydelse, huruvida köparen åberopat något bestämt vårdslöst förfarande eller ej. Om säljaren däremot lämnat en version av orsaken till dröjsmålet, vilken denne kan misstänkas ha utsikt att kunna styrka,[36a] måste köparen visserligen påstå något i culpa-frågan. Men hans möjligheter att hävda någon speciell försummelse synas numera underlättade i icke ringa grad. Det förefaller i regel ej vara alltför svårt att komma på någon eller några handlingar, som säljaren i den beskrivna situationen hade bort företaga eller underlåta. Man får vidare antaga, att köparens ombud satt sig in i och begrundat fallets enskildheter, innan han väckt talan. Med nuvarande höga processkostnader torde knappast något kärandeombud väcka talan utan att ha någon speciell försummelse i sikte, som kan läggas svaranden till last. Att utan vidare instämma svaranden i förhoppning, att denne ej skall kunna exculpera sig, synes alltför riskabelt, försåvitt käranden icke kan räkna med att svaranden måste exculpera sig i alla tänkbara avseenden. Den sistnämnda möjligheten torde dock hittills sällan eller aldrig ha blivit uppmärksammad. En omdömesgill advokat kan ej taga den risken, att svaranden genast presenterar en fullgod förklaring, som icke lämnar något utrymme för försummelse. Vanligen torde stämningsansökningen föregås av förhandlingar mellan parterna. Redan när målet anhängiggöres, torde köparen därför i regel ha något påstående om försummelse i beredskap. Och även om köparen blir överrumplad av svarandens åberopande av orsakssammanhanget, torde en aktiv kärande ej sällan kunna finna någon punkt, där han kan sätta in ett angrepp. I vart fall synas nackdelarna för köparen av att ha åberopsbördan icke vara särskilt betydande i jämförelse med de avsevärda olägenheter som skulle uppstå, därest denna ålåge säljaren. Köparen bör därför ha en åberopsbörda i culpa-frågan.[37] Köparens åberopsbörda bör vidare vara primär.

[36a] Köparens åberopande är nödvändigt endast om säljaren *styrker* det åberopade orsakssammanhanget. Men huruvida detta kommer att ske är givetvis svårt att bedöma på ett tidigare stadium i målet. — Jfr ett i princip liknande fall hos Welamson: Konkursrätt s. 53 f.

[37] Jfr Weismann s. 127.

Något vägande skäl för att först kräva ett åberopande från säljaren av icke-culpa och därefter ett konträrt åberopande från köparen av en viss försummelse torde knappast kunna uppletas. I så fall framstår en sådan ordning som onödigt invecklad.

Emellertid kunde man ifrågasätta, om icke köparen borde åberopa viss försummelse redan i grunden för käromålet och icke — som här ovan förutsatts — först som replikfaktum. Dock bör köparen säkerställas mot att säljaren håller inne med sin förklaring om dröjsmålets uppkomst i förhoppning, att köparen då icke skall finna på någon rimlig försummelse att tillvita honom. Köparen bör ha en garanti för att först underrättas om säljarens version av händelseförloppet, innan han behöver specificera, varuti den senares försummelse består. Detta medverkar till att säljare redan på ett förprocessuellt stadium lämna uppgifter om dröjsmålets orsaker till ledning för köparna. Skulle en säljare av taktiska skäl vägra att göra detta och köparen därefter förlora målet, kan underlåtenheten läggas säljaren till last i rättegångskostnadshänseende.[38]

Med en ordning som den här föreslagna förenklas dessutom sådana mål, där säljaren finner det utsiktslöst att söka försvara sig i fråga om orsaken till dröjsmålet.[39] Om säljaren har åberopsbördan därvidlag, behöver domstolen överhuvudtaget icke befatta sig med culpa-frågan med mindre säljaren inlett striden härom genom att åberopa ett orsakssammanhang. Eljest kan ju domstolen helt enkelt grunda domen på att säljaren ej ens påstått något sådant.

Härefter övergå vi till »*miljöfakta*». I förevarande fall finnas sådana av två olika slag. Somliga utgöra den bakgrund, mot vilken säljarens handlingssätt måste ses för att kunna kvalificeras som försumligt. Om icke dessa miljöfakta klarläggas, kan det ofta vara omöjligt att förstå det klandervärda i säljarens beteende. Vi erinra om det tidigare exemplet med lastbilsköpet.[40] Om köparen endast åberopar, att säljaren visat försummelse genom att ej hänvända sig till bolaget B, hänger ju den förres påstående i luften. Man förstår ej, varför just detta skulle utgöra en försummelse. En sådan kan endast konstateras, om man känner till de ytterligare omständigheter, som bilda den situation, i vilken den påtalade handlingen eller underlåtenheten ägt rum. För att köparens inställning skall bli förklarlig, synes det därför

[38] RB 18: 3. Vinnande part kan sålunda åläggas att ersätta den tappandes rättegångskostnader bl. a. när den förre »underlåtit att före rättegången uppgiva omständighet, som otvetydigt ådagalägger partens rätt, ehuru motparten uppenbart varken ägt eller bort äga kännedom om denna omständighet» (Gärde s. 204).

[39] De mål, där säljaren medgiver köparens yrkande, höra tydligen icke hit. Då grundas nämligen domen direkt på medgivandet. Däremot avses de fall, där säljaren avstår från att söka exculpera sig, men där han i stället hävdar t. ex. att ingen skada uppkommit, eller att köparen ej reklamerat i tid.

[40] Se ovan s. 227 och 229.

nödvändigt, att denne åberopar jämväl hithörande miljöfakta. Detta synes vara till fördel även ur processuell synvinkel. Antag nämligen, att köparen åberopat enbart det försumliga handlingssättet, och att säljaren icke kan inse, att detta skulle konstituera någon culpa. För det första har då säljaren svårt att prestera något försvar. Och för det andra kan man fråga sig, vilka miljöfakta säljaren i denna situation skulle åberopa. Det kunde väl hända, att säljaren ej funne annat att påstå än att några omständigheter av beskaffenhet att låta det påtalade handlingssättet framstå som försumligt ej existerade. Då skulle domstolen befinna sig i samma situation, som när säljaren antogs ha åberopsbördan i culpa-frågan.[41] Och säljaren finge inrikta sitt försvar mot domstolens misstankar om eventuella miljöfakta i stället för mot vad köparen påstått. Då synes det lämpligare att köparen får lämna besked även beträffande miljöfakta. I så fall veta både parterna och domstolen, vilka omständigheter som målet rör sig om. Säljaren vet exakt, vad han har att försvara sig mot. Stoffet av miljöfakta i rättegången minskas också avsevärt, när domstolen ej behöver draga in alla möjliga hypotetiska situationer, varav de flesta aldrig existerat. För köparen kan åberopsbördan härvidlag knappast utgöra någon alltför stor olägenhet, ehuru hans bristande inblick i säljarens verksamhet givetvis utgör ett hinder. Men köparen bör ju ha en motivering till culpa-påståendet, innan detta framställes. Då synes det knappast vara för mycket begärt, att köparen också skall redovisa de omständigheter, varpå hans påstående grundas.

Emellertid finnas miljöfakta av ytterligare en kategori. Dessa utgöras av sådana omständigheter, vilka — *förutsatt att det åberopade handlingssättet jämte köparens miljöfakta i och för sig konstituera culpa* — innebära, att den rättsföljd käranden gjort gällande likväl icke kan vara anknuten till vad han åberopat. Dessa miljöfakta kunde med andra ord uppfattas som en sorts motfakta. Som exempel härpå återgå vi till fallet med lastbilsköpet. Antag, att säljaren där anför:

> Vad köparen åberopat är i och för sig riktigt. Emellertid kan min underlåtenhet att tillfråga bolaget B icke anses utgöra en försummelse, *enär B under den aktuella tiden hade stängt för semester.* En hänvändelse till B skulle därför ej ha lett till något resultat.

Skälet till att dylika miljöfakta böra åberopas av säljaren kan emellertid icke ligga i dessas karaktär av motfakta. Såsom vi tidigare hävdat,[42] skulle nämligen det avgörande för om en omständighet borde hänföras till grunden eller till svarsfaktum vara just åberopsbördans fördelning. Detsamma gäller ifråga om indelningen i replikfakta och duplikfakta. Lika väl som man kan säga, att B:s semester utgör ett duplikfaktum, kan man nämligen hävda,

[41] Se ovan s. 228.
[42] Se ovan s. 196.

att det utgör ett element i köparens replikfaktum, att B icke haft semester. Skälet till att säljaren bör ha åberopsbördan torde snarare likna det som vi nyss anfört beträffande den första gruppen av miljöfakta. Antag nämligen att köparen genomgående har åberopsbördan för miljöfakta. Vad kunde denne åberopa, sedan han väl gjort gällande de specificerade miljöfakta, vilka han menar stödja hans påstående om försummelse? Köparen kunde väl endast hävda, att det i övrigt icke förelåge någon omständighet av beskaffenhet att förringa betydelsen av hans påstående om försummelse. Därmed skulle *köparen* drabbas av samma olägenheter som tidigare säljaren. Det skulle ej bliva otvetydigt fastställt, vilka miljöfakta som hade betydelse i målet. Samtliga tänkbara miljöfakta skulle indragas o. s. v. Därför bör *säljaren* ha åberopsbördan beträffande den senare gruppens miljöfakta. Svaret på frågan om till vilken grupp ett visst miljöfaktum skall hänföras synes just bero på om man anser sig rimligen kunna kräva ett specificerat åberopande av köparen beträffande just detta miljöfaktum eller om det skulle hänföras till gruppen »inga motstridande omständigheter i övrigt».

*2. Åberopsbördan för vållande vid lån*

Vissa likheter med det föregående fallet om försummelse enligt 23 § köplagen erbjuder följande exempel. Antag, att en långivare yrkar ersättning av låntagaren för skada å det utlånade godset. Som bekant ansvarar låntagaren ej för casus, men han har bevisbördan i vållandefrågan.

Även här kan långivaren ha svårt att utreda, hur skadan uppkommit, om icke låntagaren upplyser honom därom. Vidare kan låntagaren ofta inrikta sitt försvar på en viss skadeorsak och genom att styrka denna utesluta andra alternativa orsaker. I vart fall bör låntagaren därför ha åberopsbördan för kausalsammanhanget.[43] När det gäller låntagarens vårdslösa handlingssätt, torde emellertid de tänkbara alternativen vara talrika, kanske flera än i köpfallen. Antag t. ex., att en utlånad sak förstörts vid en brand i låntagarens bostad. Branden kan ha vållats av låntagaren på mångahanda sätt. Låntagaren kan t. ex. ha känt till att de elektriska ledningarna varit bristfälliga och vårdslöst försummat att låta reparera dem. Eller också kan han ha lämnat eld utan tillsyn, glömt en påkopplad elektrisk apparat, slarvat med cigarrettglöd eller lämnat tändstickor inom räckhåll för barn. Om låntagaren har åberopsbördan i culpa-frågan, måste han alltså åberopa (och styrka), att han i intet av de nämnda eller andra tänkbara avseenden varit försumlig.

De alternativ, som på detta sätt skulle göras till processmaterial, kunna vara mycket talrika. Antag t. ex., att den utlånade egendomen varit en bil,

[43] Den närmare motiveringen härför blir mutatis mutandis densamma som i morafallet, se ovan s. 224 f.

och att denna skadats, medan låntagaren kört den. Denna situation är ju snarlik den, där talan föres om skadestånd jämlikt 2 § bilansvarighetslagen. Ett helt myller av alternativa vårdslösa handlingssätt kan få aktualitet och dragas in i processen, såvida låntagaren har åberopsbördan i culpa-frågan.[44]

Den nu berörda frågan synes ha varit föremål för ett avgörande i praxis.

I rättsfallen NJA 1952 s. 535 och 1953 s. 409 (samma mål) yrkade en bilägare, G. Nilsson, som lånat ut sin bil, ersättning av låntagaren, B. Berg, som skadat bilen. I stämningsansökningen åberopade N lånet, skadan, *att* B orsakat skadan genom att köra i diket med bilen, *att* B därvid varit vållande genom att slumra till eller köra för fort, *samt att* B lovat att helförsäkra bilen men underlåtit detta.

B invände, att ren olyckshändelse förelegat, samt att denna framkallats av brist på bilen och icke vållats av B.

Vid huvudförhandlingen i underrätten återtog N åberopandet av vållandefakta.

HR ogillade käromålet. I HovR, dit N fullföljt talan, anförde denne, att B vore lagligen skyldig att återställa bilen i lika gott skick som vid mottagandet. B gjorde gällande, att detta innebure ändring av talan. HovR fann också, att så vore fallet, och avvisade N:s vadetalan i vad den grundade sig på de nytillkomna »omständigheterna».[45] N anförde besvär.

NJA 1952 s. 535 innehåller HD:s beslut med anledning av N:s besvär. HD fann, att N i laga ordning åberopat lånet och skadan, samt att han avstått från vållandegrunden. HD fortsätter: »Genom det sätt varpå Nilsson sålunda bestämt sin talan, kan han icke anses hava avstått från den av stämningsansökningen omfattade möjligheten att, om det av honom påstådda lånevillkoret icke kunde anses styrkt, åberopa det Berg enligt 11 kap. 1 § handelsbalken, oberoende av särskild utfästelse, åvilande ansvaret för det låntagna godset.»

HD:s motivering synes något tvetydig. Vad innebär det, att N ej avstått från att åberopa det B »åvilande ansvaret»? Två tolkningsmöjligheter synas kunna ifrågakomma. Den ena är att N icke avstått från att åberopa lånet som rättsfaktum. Ekelöf synes mena, att detta vore vad HD avsett. Ekelöf kritiserar emellertid avgörandet och anför, att den tolkningen av N:s återkallelse syntes ha mest skäl för sig, att N avstått från att åberopa även lånet.[46] Endast B:s åtagande och underlåtenhet att helförsäkra bilen, dikeskörningen samt skadan skulle alltså kvarstå som grund för käromålet. Detta skulle väl också i och för sig kunna räcka som grund för kärandens

[44] Jfr SvJT 1960 s. 399 ff.

[45] Olivecrona, som kommenterat fallet (i Grunden s. 27 ff.), synes ifrågasätta, huruvida icke bilägaren genom det nya åberopandet gjort gällande vållande på nytt (s 29 överst). Men detta kan knappast vara fallet. En sådan tolkning har, såvitt jag kan förstå, ingen täckning i åberopandets formulering (se även a. a. s. 29 ang. HD:s uppfattning). Möjligen kan dock ett allmänt åberopande av icke specificerat vållande ha framställts.

[46] Se Ekelöf i SvJT 1957 s. 307.

yrkande.[47] Mig förefaller det emellertid sannolikt, att N vidhållit sitt åberopande av lånet, eftersom detta varit orsaken till B:s åtagande ifråga om helförsäkringen. Oavsett huru därmed förhåller sig, utgör rättsfallet, såsom Ekelöf påpekat, ett exempel på hur nödvändigt det är, att åberopandena preciseras till full klarhet.[48]

Den andra tolkningsmöjligheten, som onekligen bättre stämmer överens med ordalydelsen i HD:s beslut, synes ha framförts av Olivecrona.[49] Denna möjlighet skulle innebära, att det nya åberopande, som N framställt i hovrätten, skulle avse icke lånet som rättsfaktum utan en rättslig synpunkt, nämligen att låntagaren ansvarade enligt HB 11: 1. HD skulle då ha funnit, att N icke tidigare avstått från att åberopa detta. Men i så fall skulle HD:s uttalande vara ganska anmärkningsvärt. Det synes ju innebära, att, om N verkligen avstått från att åberopa ansvaret enligt HB 11: 1, detta skulle ha haft någon betydelse. Men hittills har väl den vedertagna meningen i doktrinen varit, att rättsliga synpunkter skola beaktas ex officio och oberoende av åberopande. Domstolens möjlighet att tillämpa lagen inom ramen för yrkanden och åberopanden av rättsfakta har ju ansetts icke kunna beskäras.[50] Men i så fall hade domstolen, antingen N avstått från att åberopa B:s skyldighet enligt HB 11: 1 eller ej, bort beakta detta lagrum. Om HD icke avsett att göra undantag från denna princip, synes beslutet vara mindre distinkt utformat. Antingen hade HD då bort skriva, att N ej avstått från att åberopa lånet som rättsfaktum, eller att denne icke åberopat någon ny omständighet utan endast en ny rättslig synpunkt.

För att återgå till frågan om åberopsbördans placering i detta fall, kunde man tycka, att HD:s motivering innebure, att åberopsbördan i vållandefrågan kommit att åvila låntagaren. HD synes ju förutsätta, att stämningsansökningens åberopanden av lånet och skadan gåve möjlighet att yrka ersättning enligt HB 11: 1. Det skulle följaktligen ej vara nödvändigt, att N åberopade något i vållandefrågan. Åberopsbördan måste under sådana förhållanden åvila B. Formuleringen av HD:s beslut tyder väl också i någon mån på att detta varit HD:s mening. Detta bestyrkes också av den senare utvecklingen av målet. En så långt gående slutsats följer emellertid icke med nödvändighet av beslutet i besvärsmålet. Vad HD framhållit är nämligen endast, att HovR icke finge undandraga sig att pröva, om B vore ansvarig för skadan enligt HB 11: 1. Detta utesluter icke den möjligheten, att

[47] Antag, att B svikit ett generellt löfte att helförsäkra bilen, och att N aldrig lånat ut denna utan själv kört i diket. Även i detta fall skulle väl B:s löftesbrott medföra, att B själv finge stå för de skador, som eljest skulle ha ersatts av försäkringsbolaget.

[48] Se Ekelöf a. a. s. 309.

[49] Se Olivecrona: Grunden s. 29.

[50] Om en möjlig inskränkning i denna princip se dock ovan s. 48 ff. och i detta sammanhang särskilt s. 59 not 52a.

HovR vid sin prövning därav kunde komma till den uppfattningen, att N icke fullgjort sin åberopsbörda med avseende på vållandet, samt på den grund finna, att hans talan i vad avsåg HB 11: 1 icke kunde vinna bifall.

Så kom dock fallets vidare utveckling icke att gestalta sig. Denna återgives i NJA 1953 s. 409.

HovR upptog nu N:s talan till prövning i sak. HovR redogör i sin dom för »miljöfakta»[51] vid dikeskörningen och behandlar därefter vad som framkommit angående händelseförloppet vid denna. Härefter fortsätter HovR: »Vid övervägande av vad sålunda och i övrigt i denna del av målet förekommit finner HovR . . . *skäl antaga,*[52] att dikeskörningen orsakats främst av ett förefintligt fel å bilen och att Börje Berg icke genom bristande uppmärksamhet eller oförsiktighet medverkat till dikeskörningen och de därvid uppkomna skadorna."

N sökte revision. I HD:s dom lämnas först en redogörelse för vad som kunde anses styrkt och icke styrkt av händelseförloppet. Därefter fann HD:s majoritet (3 JR), att B *ej styrkt,* att skadan uppkommit utan hans vållande. N:s talan bifölls därför.[53]

HD:s majoritet fann alltså, att B icke fullgjort sin bevisbörda. Men huru ha HovR och dissidenterna i HD resonerat därvidlag? Två möjligheter finnas: 1) att tillräcklig bevisning förelegat för icke-vållande; 2) att så visserligen ej varit fallet, men att N haft bevisbördan och icke fullgjort denna.[54] Det troligaste är väl, att HovR funnit bevisövervikt föreligga för icke-vållande men ansett en så pass låg bevisstyrka som »antagligt» vara tillfyllest. Möjligen avser uttrycket »skäl antaga» dock en större bevisstyrka än den som brukar anses betecknad med ordet »antagligt».

Vad åter beträffar åberopsbördans placering, så är det fullt klart, att denna här kommit att åvila låntagaren. Käranden hade ju varken i HovR eller HD gjort något åberopande om B:s vållande.[55] Och om långivaren haft åberopsbördan därvidlag, hade domstolarna på grund av RB 17: 3 p. 2 icke kunnat upptaga vållandefrågan till prövning. Så har likväl skett. Förutsättningen härför måste då utgöras av B:s åberopande av icke-vållande.

Lösningen på frågan om åberopsbördans rätta placering vid lån synes bero på om man fäster mera vikt vid att processen skall kunna göras hanterlig än vid långivarens bekymmersamma ställning, när han icke vet på vad sätt skadan uppkommit. Lägger man åberopsbördan på långivaren, kan man nämligen sägas motverka det syfte, som numera anses uppbära HB 11: 1, nämligen att långivare i mycket stor utsträckning skola få skador på

[51] Om denna term se ovan s. 224.
[52] Kurs. här.
[53] Två JR instämde med HovR.
[54] En ytterligare men mindre trolig möjlighet är, att HovR med avseende på bevisbördefrågan tillämpat överviktsprincipen.
[55] Jfr dock ovan s. 234 not 45.

godset ersatta. Med en sådan placering av åberopsbördan kunde ju långivare, som saknade kännedom om hur skadan uppkommit, avhållas från att kräva sin rättmätiga ersättning, eftersom de icke ansåge sig kunna uppställa något bestämt påstående i vållandefrågan.

Naturligtvis kunde man även här tänka sig den ordningen, att låntagaren först hade att åberopa ett orsakssammanhang, varefter det skulle ankomma på långivaren att göra gällande varuti försummelsen bestått. Därmed skulle den senares möjligheter att precisera ett åberopande om vållande öka. Men det är tveksamt, huruvida möjligheterna skulle bliva tillräckligt stora. Vi erinra om det tidigare nämnda exemplet, där godset förstörts vid brand. Låntagarens möjligheter att ha vållat branden synas legio.

Det torde därför alltjämt finnas en ej obetydlig risk för att en långivares yrkande skulle ogillas på grund av att han åberopat något, som låntagaren lätt kunde tillbakavisa, medan låntagarens verkliga försummelse skulle förbli oavslöjad. Detta kunde i sin tur påverka låntagares handlingssätt och göra dem benägna att mindre omsorgsfullt vårda godset.

En väsentlig synpunkt i sammanhanget synes också vara, att lån är en benefik rättshandling. Det finns vissa skillnader mellan låne- och köpfallen. Åtminstone om säljaren är köpman, ligger det i hans affärsintresse, att han har namn om sig att behörigen fullgöra sina avtal. Även eljest ha säljare ofta ett rent ekonomiskt intresse av att avlämna godset i tid, nämligen att erhålla köpeskillingen. Intresset för en säljare att leverera på utsatt tid är — oavsett rättsordningens utformning i förevarande avseende — större än låntagarens intresse av att vårda godset. Därför är det befogat att utsätta kraftigare rättsliga sanktioner mot den senare än mot den förre. Att fritaga säljaren från åberopsbördan för försummelse enligt 23 § köplagen synes därför icke medföra särskilt stor risk för att säljare i allmänhet skulle börja slarva med sina leveranser. Däremot kan en liknande följd tänkas inträda, om låntagaren befrias från åberopsbördan.

Det skall å andra sidan ingalunda döljas, att, om låntagaren har åberopsbördan och vill exculpera sig, processen kan svälla ut till oöverskådlighet, samt att låntagaren mera får processa mot domstolen än mot långivaren.[56] Jag skulle dock tro, att hänsynen till långivarens ställning böra väga tyngre, särskilt på grund av lånets benefika karaktär. Troligen bör därför åberopsbördan beträffande vållandefrågan i dess helhet åvila låntagaren.

## II. Underlåtenhet av den förpliktade.

Härefter övergå vi till det andra huvudfallet av »rättsgrundande» händelseförlopp, nämligen det, där kärandens yrkande grundas på att svaranden

[56] Dessa argument behandlas mera utförligt ovan s. 228 med avseende på försummelse enligt 23 § köplagen. Situationen är dock härvidlag analog med den nu diskuterade.

underlåtit att företaga något, som enligt kärandens mening ålegat den förre. Här torde det ofta ligga till på det viset, att svaranden har bevisbördan för att handlingen företagits. Vanligen har ju denne betydligt större möjligheter att styrka sitt handlande än käranden att bevisa svarandens overksamhet, i vart fall om svaranden haft en viss tidsrymd, inom vilken han kunnat handla. Men även då svaranden har bevisbördan, kan det finnas starka skäl för att lägga åberopsbördan på käranden. Om nämligen denne icke behöver åberopa något härvidlag, kan svaranden bli nödsakad att göra gällande icke blott att den närmast till hands liggande underlåtenheten icke förelegat, utan även att det ej heller finnes några alternativa omständigheter, som motivera kärandens talan. Det sagda skall förtydligas genom några exempel.

*1. Åberopsbördan för avlämnande av godset.*

Antag, att tvist råder därom, huruvida försålt gods avlämnats i rätt tid. Köparen, som anser, att godset levererats för sent, yrkar skadestånd av säljaren. Denne anser sig ha uppfyllt avtalets (ostridiga) bestämmelse om tidpunkten för leveransen. När avlämnandet faktiskt skett, är däremot tvistigt.

Vilkendera parten skall nu ha bevisbördan beträffande tidpunkten för avlämnandet? Härvidlag kan det hävdas, att samma part bör ha bevisbördan såväl för att *godset överhuvudtaget avlämnats* som för *tidpunkten härför*. Det vore ju föga tillfredsställande, att båda kontrahenterna skulle behöva säkra bevisning beträffande leveransen, den ene för leveransen som faktum, den andre för tidpunkten. Om bevisbördan lägges på enbart den ena kontrahenten, kan bevisningen för båda momenten naturligen göras gemensam.

Beträffande bevisbördan för avlämnandet bortse vi till en början från avhämtningsköpen, där situationen är något mera komplicerad.[57] Återstå alltså de fall, där säljaren har att försända godset till köparen. Otvivelaktigt bör bevisbördan för avlämnandet och därmed även för tidpunkten härför läggas på säljaren.[58] En sådan reglering torde bäst tillgodose omsättningens krav. I regel skulle det för köparen medföra betydande svårigheter att styrka, att godset icke avlämnats i rätt tid, medan motsatsen typiskt sett torde vara avsevärt lättare för säljaren. Att lägga bevisbördan på köparen skulle dessutom motverka syftet med 23 och 24 §§ köplagen.[59]

Vad härefter angår åberopsbördan, förutsätta vi till en början, att dess placering skulle rätta sig efter bevisbördans. Om nu köparen icke har bevisbördan för att godset avlämnats för sent, borde detta under den nyss-

[57] Härom se nedan s. 241 ff.
[58] Överensstämmande Almén—Eklund: Köp s. 272.
[59] Jfr även nedan s. 242.

nämnda förutsättningen ej heller ingå i grunden för käromålet. Tvärtom skulle leverans i rätt tid vara ett motfaktum.

Eftersom köparen icke skulle ha åberopsbördan beträffande tidpunkten för avlämnandet, behövde han till grund för sitt yrkande endast åberopa köpeavtalet och skadan. Köparens talan bleve därmed enligt sin ordalydelse icke begränsad till skadestånd på grund av säljarens mora. Och säljaren kunde ej, då han fått del av stämningsansökningen, avgöra vad köparen närmast avsett att lägga honom till last. Det kunde ju finnas andra grunder för skadestånd, som täcktes av köparens yrkande, t. ex. att godset varit behäftat med fel.

Därest åberopsbördans och bevisbördans fördelning överensstämde, skulle köparen visserligen ha åberopsbördan för den sistnämnda skadeståndsgrunden, eftersom han har bevisbördan därvidlag. Men säljaren kunde icke utebliva i förhoppning, att köparen avsett att göra gällande fel i godset, att denne sålunda icke fullgjort sin åberopsbörda därvidlag, och att domstolen på denna grund skulle ogilla käromålet, såvida köparen yrkade tredskodom. Om säljaren utebleve, måste nämligen käromålet tredskovis bifallas, eftersom köparen fullgjort sin åberopsbörda åtminstone i ett fall, nämligen morafallet, och det icke vore uteslutet, att han avsåge just detta.[60] Antag, att säljaren uteblivit och rättens ordförande tillfrågade köparen vilket skadeståndsfall denne avsåge. Då kunde väl köparen genmäla, att han ej hade anledning att närmare precisera sin talan, eftersom vad han anfört utgjorde fullt tillräcklig grund för en tredskodom. Hur skulle domstolen då ställa sig? Antingen bifalla käromålet i tredskodomen, vilket kunde innebära, att också åberopsbördan beträffande fel i godset komme att åvila svaranden-säljaren. Om nämligen detta varit den i verkligheten relevanta grunden, komme det tydligen att bli säljaren, som finge bära nackdelen av att något åberopande därvidlag icke framställts. Eller också kunde domstolen ogilla käromålet, vilket i realiteten skulle betyda, att köparen ålades åberopsbördan i morafrågan. Med det sistnämnda fallet kan tydligen jämställas, att käromålet skulle avvisas på grund av att käranden vägrat besvara domstolens fråga. Hur domstolen än förfore, skulle den riskera att bryta mot rättegångsbalkens bestämmelser, i de två förstnämnda fallen mot RB 17: 3 p. 2 och i det sista mot RB 42: 4 st. 1.

Om åberopsbördan beträffande mora placeras så, att åberopandena i

[60] Av samma skäl skulle köparens stämningsansökan icke heller kunna avvisas såsom ofullständigt grundad, dock med undantag för det fallet, att käranden på förfrågan uppgåve, att han avsett att föra talan om skadestånd på grund av fel i godset, och käranden icke efterkommit ett föreläggande att avhjälpa bristen. I så fall finge man det egendomliga förhållandet, att en stämningsansökan, som i ett fall vore otjänlig som grundval för rättegång, vore fullt korrekt i ett annat, som icke kunde skiljas från det förra, utan att käranden hördes närmare.

stämningsansökningen täcka även andra alternativa grunder, synes det därför olämpligt att placera åberopsbördan beträffande dessa på ett avvikande sätt. Något dylikt kunde nämligen i vissa situationer medföra sådana nära nog olösliga problem, som nyss angivits. Om man emellertid lägger åberopsbördan beträffande alla skadeståndsgrunderna på *säljaren,* måste denne alltid åberopa, att ingen enda förelegat. Gjorde han icke det, skulle ju oviss-heten härvidlag gå ut över honom, och köparens yrkande bifallas redan på grund av att säljaren icke fullgjort sin åberopsbörda. Om däremot *köparen* har åberopsbördan för samtliga skadeståndsgrunder, begränsas processen till den eller dem, som han åberopat. Vidare slipper man den sortens käromål, där man inte vet varå käranden grundar sin talan.

Köparen bör sålunda utan tvivel ha den primära åberopsbördan för att godset avlämnats för sent, och detta skall åberopas redan i grunden för käromålet.[61]

Emellertid är frågan om åberopsbördans placering i detta fall ännu ej utagerad. Även säljaren måste nämligen ha en åberopsbörda, ehuru sekundär i förhållande till köparens. Antag, att den senare åberopat, att godset ej alls avlämnats, eller att detta skett för sent. Säljaren förnekar detta. Enligt hans mening har avlämnandet skett i rätt tid. Vad som avtalats angående tidpunkten antages alltjämt vara ostridigt. Säljaren måste i denna situation framställa ett konträrt åberopande av de särskilda omständigheter, som tillsammans utgöra avlämnandet, d. v. s. tid, sätt och plats för detsamma. Att enbart förneka köparens åberopande räcker ej. Därmed har ju säljaren blott påstått motsatsen, nämligen att godset faktiskt avlämnats eller att avlämnandet icke skett för sent. Detta kan icke vara tillräckligt, enär påståendet är alltför allmänt. För att ogilla käromålet med den motivering, som säljaren önskar, måste domstolen kunna grunda sin dom på de särskilda omständigheter, varav avlämnandet bestått. Men dessa moment i rättsfaktum få ej beaktas utan särskilt åberopande.[62]

*2. Åberopsbördan vid köparens mora.*

Vad här anförts angående åberopsbördan beträffande tidpunkten för leveransen gäller mutatis mutandis då köparen kommit i dröjsmål med köpeskillingens erläggande och säljaren därför hävt köpet och yrkar skadestånd.[63] Enligt den allmänna grundsatsen om bevisbördan för betalning[64] är köparen bevisskyldig för att köpeskillingen erlagts. Även tidpunkten härför måste

[61] Så även för tysk rätts del Rosenberg: Beweislast s. 52.
[62] Annorlunda om det allmänt åberopade rättsfaktum är ostridigt. Se härom och om nödvändigheten av konträra åberopanden ovan s. 69 ff. och 82 ff.
[63] 30 § köplagen.
[64] Se Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 167 f. och Rodhe s. 195 f.

anses omfattad av köparens bevisbörda. Men säljaren har att till grund för skadeståndsyrkandet åberopa — förutom köpeavtalet, dess hävande och skadan — att betalning uteblivit.[65] Därefter har köparen att konträrt åberopa, hur och när betalning skett.

*3. Ytterligare frågor om åberopanden vid mora.*

I detta sammanhang må även behandlas några andra spörsmål, som ha samband med tillämpningen av 23 § köplagen, ehuru dessa ej ha så mycket gemensamt med de övriga fallen i detta avsnitt. De avse sålunda i regel ej någon »rättsgrundande» underlåtenhet av svaranden.

Vi antaga, att köparen yrkar skadestånd av säljaren under påstående, att den senare ej avlämnat godset å avtalad tid, samt att köparen därav tillfogats viss skada. Ett annat fall, som lämpligen kan behandlas samtidigt, är att köparen åberopar dröjsmål med avlämnandet och hävning på grund därav samt yrkar återbekommande av förskottsvis erlagd köpeskilling.[66] Vi förutsätta, att den avtalade tidpunkten för avlämnandet är ostridig liksom det förhållandet, att godset faktiskt ej levererats. Resonemanget avser speciesköp.[66a]

Antag nu, att säljaren invänder, att *dröjsmålet berott av köparen,* enär denne t. ex. ej infunnit sig för att avhämta godset. Härvidlag torde åberopsbördan åvila säljaren. Det kan ej vara lämpligt, att köpare i alla hithörande mål tvingas påstå — och detta redan som element i grunden — att dröjsmålet med leveransen icke berott på dem. I åtskilliga mål skulle rättegången därmed kompliceras i onödan. Det kan nämligen ej antagas, att säljare regelmässigt skulle hävda, att dröjsmål med avlämnandet berott på köparen. Då bör säljaren ha åberopsbördan, ty därmed blir frågan ej relevant i andra mål än dem, där säljarna verkligen vilja hävda detta.[67]

Men vilkendera parten har bevisbördan? Vi förutsätta till en början, att någon meningsskiljaktighet ifråga om vad som avtalats icke föreligger mellan parterna. Dessa äro t. ex. ense om att intet avtalats om platsen för avlämnandet ävensom att något handelsbruk härvidlag ej föreligger. Vi antaga därför, att 9 § köplagen är tillämplig. Köparen kan i denna situation hävda t. ex. att han faktiskt infunnit sig hos säljaren för att avhämta god-

[65] Annorlunda, om säljaren blott yrkar utfående av köpeskillingen. Se därom s. 200 och 207.

[66] Jfr Alexanderson s. 47.

[66a] Vad som i det följande säges om åberopsbördans placering gäller mutatis mutandis även det — givetvis vanligare — fallet, att köparen är svarande i ett mål, där säljaren yrkar köpets fullgörande, varemot köparen åberopar mora och hävning.

[67] Almén synes utgå från att åberopandet naturligen framställes av säljaren (se Almén—Eklund: Köp s. 233).

set,[68] men att detta ej varit leveransklart. Beträffande det första ledet, besöket hos säljaren, har Almén gjort gällande, att köparen skulle ha bevisbördan. Den som skolat taga initiativet till ett avtals fullgörande, skulle nämligen ha bevisbördan för att detta initiativ verkligen tagits.[69] Ehuru Almén icke närmare motiverat sin åsikt, torde man kunna ge honom rätt. Om köparen enligt lag eller avtal har att taga initiativet till godsets avlämnande genom att infinna sig för att hämta det samt säljaren skulle ha svårt att visa att så icke skett, medför nämligen den omständigheten, att bevisbördan ålägges köparen, ett förstärkt tryck, som gör denne mera benägen att fullgöra sin lagliga eller avtalsmässiga skyldighet. Bevisbördans placering verkar som en sanktion mot försummelse därvidlag. Köparen kan nämligen ej resonera så: jag bryr mig inte om att hämta den här varan, som jag egentligen inte vill ha; säljaren kan säkert inte bevisa, att jag inte varit där. På samma sätt bör säljaren ha bevisbördan för att godset hållits redo. Detta medverkar nämligen till att denna skyldighet verkligen fullgörs.[70]

Om sålunda den primära åberopsbördan bör placeras annorlunda än bevisbördan beträffande köparens initiativ till avlämnandet, återstår frågan huru därmed förhåller sig i fråga om *att godset hållits redo*. I det föregående resonemanget förutsatte vi, att det var köparen som gjorde gällande, att godset icke varit leveransklart. Men kanske vore det lämpligare, att säljaren som ett element i svarsfaktum måste åberopa — förutom köparens uteblivna initiativ — att godset också hållits redo för avlämnande på den utsatta tiden?

Det kunde förefalla som om frågan om leveransberedskapen borde bli indragen i ett mindre antal mål, därest köparen hade åberopsbördan. Då skulle ju frågan aktualiseras blott när denne verkligen önskade tvista därom, medan en motsatt placering av åberopsbördan skulle leda till att frågan uppkomme i alla hithörande mål. Men i rättegångar, där tvisten renodlats så som här förutsatts, och där alltså köparens avhämtningsskyldighet står utom tvivel, torde en köpare knappast kunna nå framgång med sin talan

[68] De närmare omständigheterna kring besöket, särskilt tidpunkten härför, åligger det köparen att konträrt åberopa gentemot säljarens påstående, att köparen ej kommit. Emellertid kunna fall tänkas inträffa, då ett konträrt åberopande är onödigt. Avgörande torde nämligen vara, hur pass detaljerat säljaren framställt sitt åberopande om bristande initiativ från köparens sida. Om sålunda säljaren påstått, att köparen icke den avtalade dagen infunnit sig i säljarens affärslokal för att hämta godset, medan köparen blott vill hävda motsatsen, synes ett konträrt åberopande i regel ej vara erforderligt, *eftersom ett sådant icke skulle tillföra processmaterialet några ytterligare rättsfakta.* Påstår säljaren däremot blott att köparen ej kommit och avhämtat godset, måste den senare konträrt åberopa hur och när detta skett. Och om köparen avser att hävda någon annan form eller tid för besöket än som utgör den kontradiktoriska motsatsen till vad säljaren åberopat, måste dessa modaliteter särskilt åberopas.

[69] Se a. a. s. 233 och 272.

[70] Jfr emellertid a. a. s. 272, citerat nedan s. 243 f.

med mindre säljarens bristande leveransberedskap indrages i målet. Även om köparen hade åberopsbördan härvidlag, skulle därför frågan bli aktuell i flertalet mål. Den processekonomiska vinsten av att lägga åberopsbördan på köparen förefaller därför obetydlig. Helt obefintlig skulle den dock ej vara. Vinsten skulle emellertid huvudsakligen hänföra sig till sådana mål, där köparen ej varit medveten om sin avhämtningsskyldighet, och där han således ej kunde försvara sig mot säljarens invändning om uteblivet initiativ till avlämnandet. I dessa fall skulle det vara onödigt att draga in frågan om godset hållits redo, eftersom säljaren skulle vinna redan på sin invändning om att köparen ej låtit sig avhöra.

Av betydelse för fördelningsfrågan torde emellertid även vara den rent civilrättsliga rangordningen mellan ifrågavarande rättsfakta. Förutsätter dröjsmål med avlämnandet att mora accipiendi från köparens sida icke föreligger? Ordalydelsen av 21 § köplagen kunde väl snarast tyda på att så ej behövde vara fallet. Dröjsmålet med avlämnandet skall ju vara *beroende av köparen,* om säljaren skall undgå hävning. Men om säljaren oberoende av köparens åtgärder ej kan leverera, kunde man ju tycka, att ett dröjsmål uppkomme, vilket ej vore avhängigt av någon köparens åtgärd. Emellertid torde i det nu behandlade fallet något dröjsmål med avlämnandet icke kunna inträda, förrän köparen tagit initiativet till köpets fullgörande, möjligen med ett viktigt undantag, varom mera nedan.[71] Något avlämnande kan nämligen eljest icke komma till stånd på det sätt, som lagen förutsätter, eller — med andra ord — säljaren är ej skyldig leverera förr än köparen påfordrar det.[72] Och i vad angår köparens skadeståndsanspråk framhåller Almén, att köparen av t. ex. ett kreatur måste »styrka, att han inställt sig för att avhämta djuret men icke kunnat utbekomma detsamma eller att det annorledes 'berott av' säljaren, att något avlämnande ej kommit till stånd».[73] Slutligen må här anföras följande uttalande av Almén, dock i annat sammanhang (28 § köplagen):

»Det kan enligt vårt förmenande icke ens fordras av en säljare, som kräver köpets fullgörande,[74] att han skall förebringa bevisning därom, att han vid leveranstiden innehaft något sådant gods, som köpet avser, eller över huvud att han då varit i stånd att fullgöra avtalet, utan torde det åligga köparen att styrka, det så icke varit förhållandet, om han påstår sig därav hava hämtat an-

[71] Se nedan s. 244.
[72] Se a. a. s. 126 f.
[73] A. a. s. 272. Se även ovan s. 242.
[74] Den av Almén avsedda situationen kan t. ex. vara den, att säljaren yrkar utfående av köpeskillingen mot överlämnande av godset, varemot köparen invänder kontraktsbrott genom dröjsmål med avlämnandet (jfr a. a. s. 387 f.).

ledning att icke, såsom honom enligt avtalet skulle ålegat, taga initiativet till dess fullgörande».[75]

Under sådana omständigheter synes det icke böra krävas, att säljaren till sitt försvar skall *åberopa* mera än bristande initiativ till fullgörandet från köparens sida. Om köparen förnekar detta,[76] har han å sin sida att åberopa, att godset ej hållits redo. Skulle köparen emellertid erkänna, att han ej tagit något initiativ, eller misslyckas att styrka motsatsen, torde möjligen den slutsatsen kunna dragas av Alméns uttalande, att köparen såsom motfaktum kunde åberopa, att hans underlåtenhet berott på säljarens på visst sätt manifesterade oförmåga att fullgöra avtalet.[77] För den händelse att säljaren, såsom här gjorts gällande,[77a] skulle ha bevisbördan för sin leveransberedskap, skulle således icke heller därvidlag åberopsbördans placering överensstämma med bevisbördans.

För fullständighetens skull skola även några ord sägas om det fallet, att parterna äro oense om *hur avlämnandet skolat ske*. Säljaren menar t. ex., att ingen överenskommelse träffats därom, varvid köparen enligt 9 § köplagen varit skyldig att avhämta godset.[78] Köparens åsikt är däremot, att säljaren i avtalet åtagit sig att försända godset till köparen. Denne antages alltjämt vara kärande och på samma grund som tidigare yrka skadestånd eller återbekommande av förskottslikvid.

Till en början utvecklar sig målet på samma sätt som tidigare. Köparen behöver sålunda som grund för sitt yrkande ej åberopa mera än förut, d. v. s. köpeavtalet utan närmare angivande av villkoren däri,[79] säljarens dröjsmål med leveransen samt skadan respektive hävningen och förskottslikviden. Ej heller behöver säljaren såsom svarsfaktum åberopa mera än tidigare, nämligen att köparen ej kommit och hämtat godset. Det bör nämligen överlåtas åt köparen att därefter välja handlingsalternativ. Denne kan sålunda mycket väl tänkas gå på den linje, som tidigare behandlats, och låta hämtningsskyldigheten vara ostridig. Då så bleve fallet, skulle målet onödigt ut-

[75] A. a. s. 397, jfr s. 387 f. Jfr Tybjerg s. 166 ff. Se även ovan vid not 70 och nedan not 77[a].

[76] Jfr ovan s. 242 not 68.

[77] Det ovan s. 243 omförmälda undantaget.

[77a] Ovan s. 242. Denna åsikt om bevisbördans fördelning synes kunna vidhållas även för det nu ifrågavarande fallet under förutsättning, att köparen först har bevisbördan för att säljarens oförmåga kommit till uttryck på något visst sätt, främst meddelande från säljaren eller hans folk. *Enbart* säljarens oförmåga synes mig icke böra utgöra tillräckligt motfaktum, även om detta t. ex. skulle erkännas, utan det bör krävas, att oförmågan kommit till ett för köparen märkbart uttryck. I annat fall synes tesen om att säljaren ej är skyldig leverera, förrän köparen påfordrar det, icke kunna upprätthållas.

[78] Det förutsättes, att intet handelsbruk påverkar bedömningen.

[79] Att köparen åberopar de vilkor, som han misstänker skola få relevans i målet, t. ex. försändningsåtagandet, är naturligtvis i snabbhetens intresse att föredraga, men dessa omfattas ej av hans åberopsbörda på detta stadium av målet. Köparen kan sålunda få tredskodom utan att behöva åberopa försändningsåtagandet.

vidgas, om säljaren som element i svarsfaktum hade att åberopa, att intet avtalats om försändningsskyldighet. Det förefaller sålunda mest ändamålsenligt att det är köparen som åberopar avtalsvillkoret.[80] Att ålägga köparen åberopsbördan synes så mycket mindre betungande, som denne, även om säljaren haft den primära åberopsbördan, måste konträrt åberopa villkoret. Och då säljarens åberopande är mera till besvär än till nytta, kan det lika gärna undvaras.

Härefter återstår frågan om vilkendera parten som bör ha bevisbördan ifråga om säljarens utfästelse att försända godset till köparen. En hänvisning till syftet med 9 § köplagen synes här knappast giva någon mera påtaglig ledtråd. Förhållandet torde näppeligen vara det, att man avsett att premiera avhämtningsköpen på försändningsköpens bekostnad. 9 § köplagen synes ej böra fattas som en rekommendation för de förra utan enbart som en bestämmelse för sådana situationer, där parterna icke träffat någon särskild överenskommelse. Men i så fall kan måhända följande resonemang ha visst fog för sig: Om parterna icke avtalat om försändning av godset, skall 9 § köplagen tillämpas. Att så sker även in dubio, d. v. s. om försändningsutfästelsen ej styrkts, synes stå i överensstämmelse med regelns karaktär av »reserv»-stadgande. Vet man inte vad man skall rätta sig efter, därför att ingenting avtalats härom, så går man till lagen. Och om man inte vet vad man skall göra, därför att det är ovisst om någon överenskommelse träffats, ja, då borde man väl också söka ledning i den lagbestämmelse som finnes. Visserligen kunde man här tänka sig att tillämpa överviktsprincipen och grunda domen på vad som framstode som mest sannolikt. Men det förefaller väl hårt att ålägga säljaren transporten och därmed även kostnaderna och risken för denna, utan att hans åtagande därav blivit styrkt. Huvudregeln synes därför böra vara, att köparen skall ha bevisbördan. Dess placering skulle därmed överensstämma med åberopsbördans.

*4. Allmänt om åberopsbördan vid alternativa omständigheter.*

Vi återvända härefter till de tidigare[81] påvisade olägenheterna av att lägga åberopsbördan för olika skadeståndsgrunder vid köp på olika parter. När det gäller sådana grupper av rättsfakta, där vissa gemensamma omständigheter ingå i samtliga, medan andra moment variera från det ena rättsfaktum till det andra och inverka på rättsfaktas identitet, synes det tidigare[81] resonemanget giva vid handen, att man bör placera åberopsbördan beträffande såväl de varierande som de gemensamma momenten på en och samma part.

Antag, att beträffande rättsfakta *ABC, ABD, ABE, ABF* och *ABG* käran-

[80] Almén utgår också i sina exempel från att så är fallet (se a. a. s. 105 och 116).
[81] Se ovan s. 239.

den i en fullgörelseprocess skulle ha den primära åberopsbördan för omständigheterna *AB* samt för *E* och *G*, svaranden däremot beträffande *C*, *D* och *F*. Om då käranden i sin stämningsansökan åberopat endast *AB*, kunde varken domstolen eller svaranden veta, om man hade att göra med en fullständigt grundad talan (där svaranden hade att såsom motfakta åberopa *icke-C*, *icke-D* och *icke-F*), eller ett ofullständigt grundat käromål, där käranden brustit åt sin åberopsbörda beträffande *E* eller *F*. Domstolen kunde då varken fastställa, huruvida åberopandena vore så fullständiga, att grunden kunde identifieras och stämning utfärdas, eller om tredskodom kunde givas. Och tredskodom bör aldrig få meddelas mot en svarande, som icke upplysts om hur käranden vill grunda sin talan. Överhuvudtaget måste en sådan ordning anses vara klart olämplig. Visserligen kunde man tänka sig, att käranden ålades att i stämningsansökningen informera domstol och svarande om vilket av de alternativa rättsfakta hans talan avsåge, vid äventyr att ansökningen eljest avvisades. Men detta innebure praktiskt taget detsamma som att käranden hade åberopsbördan för samtliga de alternativa omständigheterna. I vart fall kan den förra ordningen icke anses mera ändamålsenlig än den senare. I båda fallen skulle ju käranden behöva anföra de i ifrågavarande hänseende relevanta omständigheterna, för så vitt man icke nöjde sig med att käranden skulle identifiera sin talan genom att anföra ett visst lagrum. Men en sådan skyldighet anses ju överhuvudtaget icke böra åläggas part i tvistemål. Möjligen skulle man också kunna tänka sig den ordningen, att käranden hade att i allmänna ordalag angiva vad han åsyftade med sin talan, t. ex. skadestånd på grund av försenad leverans, medan däremot svaranden hade åberopsbördan för de konkreta rättsfakta. Detta skulle emellertid medföra, att förberedelsen i målet bleve mera tidsödande. Inom en grupp av rättsfakta av ifrågavarande art bör därför den primära åberopsbördan beträffande de alternativa momenten genomgående åvila en och samma part.

*5. Åberopsbördan för innehav av fullmakt.*

Till samma grupp som de tidigare nämnda mora-fallen hör även följande situation: Ett avtal har slutits mellan två personer, av vilka den ene utgiver sig för att handla på grund av en fullmakt. Det visar sig sedan, att dennes huvudman icke vill vidkännas fullmakten och menar avtalet ej vara för honom bindande. Tredje man väcker då skadeståndstalan mot fullmäktigen enligt 25 § avtalslagen.

Av detta stadgande framgår, att fullmäktigen har bevisbördan för att fullmakt funnits.[82] Men vilken av parterna har åberopsbördan därvidlag? Otvi-

[82] Se även Almén—Eklund: Avtal s. 89.

velaktigt bör denna åligga käranden-tredje man.[83] Att fullmäktigen saknat fullmakt utgör ett oundgängligt moment i grunden och ett av de viktigaste. De övriga torde nämligen typiskt sett icke vara tvistiga. Om i stället fullmäktigen haft åberopsbördan för fullmakt, skulle av stämningsansökningen icke framgå orsaken till att avtalet ej kunnat göras gällande mot huvudmannen. Såvida åberopsbördan beträffande orsakerna härtill ibland åvilade tredje man och ibland fullmäktigen, skulle domstolen ställas inför samma svårigheter som i morafallen och ej med säkerhet kunna avgöra, om tredskodom finge givas eller ej. Och om åberopsbördan beträffande samtliga ifrågakommande orsaker åvilade fullmäktigen, bleve denne nödsakad att försvara sig mot alla sådana, som vore tänkbara i situationen ifråga.[84] Målet skulle därigenom avsevärt utvidgas. Och en sådan ordning skulle vara till men icke blott för den falske fullmäktigen, något som väl kunde tagas med jämnmod, utan även för den redlige fullmäktigen, som råkat ut för ett oberättigat krav. Fullmäktigens trygghet synes böra skyddas genom att denne icke behöver ingå i svaromål beträffande andra omständigheter än dem som lagts honom till last.

Visserligen kunde man underlätta fullmäktigens ställning genom att av honom kräva blott ett allmänt åberopande av att intet skäl funnes till att avtalet ej skulle vara bindande för huvudmannen och därefter begära ett konträrt åberopande från käranden av en bestämd sådan orsak. Denna är emellertid en omständighet av så dominerande betydelse, att det vore högst olämpligt, om den skulle åberopas först som replikfaktum. Nej, redan i grunden bör det göras gällande, att fullmäktigen ej haft fullmakt. Tredje man bör därför ha åberopsbördan, vilken följaktligen ej kommer att åvila samma part som har bevisbördan.

### *6. Åberopsbördan för betalning i vräkningsmål.*

Ett ytterligare exempel är det redan tidigare berörda fallet,[85] att arrende- eller hyresrätt förverkats på grund av dröjsmål med erläggandet av arrendet respektive hyran.[86] Avtalet har för den skull uppsagts, och jordägaren respektive hyresvärden yrkar avhysning.

Vem har därvid åberopsbördan beträffande betalning? Stjernquist förutsätter, att åberopandena böra göras av båda parterna på det viset, att jordägaren först har att åberopa icke-betalning (= grundförutsättning)

[83] Så även för tysk rätts del Rosenberg: Beweislast s. 52.

[84] Exempelvis att fullmäktigen väl haft fullmakt men överskridit antingen sin behörighet eller sin befogenhet i fall, då detta enligt 11 § avtalslagen medför, att huvudmannen ej blir bunden. Jämväl för dessa alternativa skadeståndsgrunder bör tredje man ha åberopsbördan.

[85] Se ovan s. 207 not 7.

[86] Nyttjanderättslagen 2: 36 mom. 1 och 3: 32 mom. 1.

och arrendatorn därefter betalning (= motfaktum).[87] Primärt skulle åberopsbördan alltså åvila jordägaren, d. v. s. det vore denne, som bleve lidande på att frågan om betalning överhuvudtaget icke gjorts till processmaterial. Därefter skulle — med den här begagnade terminologien — arrendatorn ha att framställa ett konträrt åberopande av en viss betalningshandling.

Denna åsikt torde ha fog för sig. Det främsta skälet härför är, att åberopsbördan bör vara enhetligt placerad beträffande alla alternativa omständigheter, som kunna tänkas utgöra förverkandeanledningar. Beträffande majoriteten av dessa råder intet tvivel om att jordägaren respektive hyresvärden har åberopsbördan. Så bör därför även vara fallet beträffande ickebetalning. Visserligen är det i dessa fall endast fråga om den primära och ej den sekundära åberopsbördan. Men vid alternativa omständigheter är det den enhetliga placeringen av den förra som är det väsentliga. Bevisbördan åter torde åligga arrendatorn respektive hyresgästen enligt huvudregeln om att den förpliktade skall styrka betalning.

### III. Åberopsbördan för senare uppkomna »rättsgrundande» fakta.

Vi skola även något behandla sådana rättsgrundande omständigheter, vilka ej tillhöra det händelseförlopp, som givit upphov till den med kärandens yrkande korresponderande rättsföljden, utan som inträffat *senare*. Även här synas skäl kunna anföras för att i vissa fall placera åberopsbördan på annan part än den som har bevisbördan. De omständigheter, som avses, äro sådana, vilkas inträde i framtiden är ett villkor för att den till det ursprungliga händelseförloppet anknutna rättsföljden skall kunna göras gällande. Vanligen är det fråga om sådana smärre omständigheter, som icke behöva angivas i stämningsansökningen för att individualisera grunden eller informera svaranden[88] om vad kravet avser. Som exempel må nämnas det förhållandet, att förfallodagen inträffat. Redan utan ett sådant »småfaktum» är kärandens talan klart avgränsad till ett bestämt händelseförlopp. Vid detta förhållande torde den omständigheten, att svaranden ålägges åberopsbördan för »småfakta», i regel icke behöva medföra, att kärandens talan blir så omfångsrik, att den täcker även ett flertal alternativa grunder, och att svaranden måste göra gällande, att ingen av dessa förelegat. Såtillvida föreligger här en viss likhet med rättsupphävande fakta, att svaranden endast skulle behöva åberopa en enda omständighet, om han hade åberopsbördan. Denna omständighet vore nämligen tillräcklig för att omintetgöra käran-

[87] Se Stjernquist s. 135. Observera, att Stjernquist, i motsats till Olivecrona (se Rätt och dom s. 214), tydligen menar, att käranden ej alltid behöver ha bevisbördan för omständigheter, som ingå i grundrekvisitet.

[88] När här talas om kärande och svarande avses situationen i en fullgörelseprocess av vanlig typ.

dens utsikter till framgång, om den fastställdes i målet och dess betydelse ej neutraliserades genom replikfakta.

Om dessa »småfakta» sålunda vanligen äro enkla och okomplicerade, torde de i allmänhet också vara ostridiga i ett stort antal mål. Beträffande t. ex. förfallodagens inträde visar erfarenheten, att denna fråga blir tvistig endast i ett fåtal av alla kravmål. Om nu käranden hade åberopsbördan beträffande sådana »småfakta», skulle dessa behöva åberopas i samtliga mål, där de kunde tänkas ha relevans, och i ett stort antal av dessa till ingen nytta, eftersom man genast skulle konstatera deras ostridighet. Om däremot svaranden har åberopsbördan, behöver domstolen vanligen befatta sig med »småfakta» endast när de verkligen äro tvistiga. Nå, men om käranden alltjämt hade bevisbördan, skulle då icke svaranden genast åberopa faktum ifråga för att sätta kärandens förmåga att uppfylla sin bevisskyldighet på prov? Nej, härför synes ingen större risk föreligga. I exemplet om förfallodagens inträde visade det sig ju, att denna fråga i praktiken ofta var ostridig. Detta kan icke bero på att käranden skulle ha både åberops- och bevisbördan. Svaranden kunde ju då mycket enkelt framkalla stridighet genom ett blankt förnekande. Men borde ej käranden ha större anledning att beakta dessa omständigheter, eftersom han har bevisbördan? Jag skulle inte tro det. Just mot bakgrunden av att fakta ifråga så ofta äro ostridiga, kunde käranden lätt glömma bort dem. Särskilt i de många fall, då det bör stå klart både för käranden och svaranden, att faktum föreligger, framstår ju åberopandet som en ren formalitet, vilken lätt kan förbises. Däremot har svaranden all anledning att reagera, om käranden väcker talan, utan att det speciella villkoret för rättsföljdens inträde verkligen inträffat. I princip synas därför övervägande skäl tala för att lägga åberopsbördan på den förpliktade, även om den berättigade har bevisbördan. Låt oss emellertid på några tänkbara fall pröva om detta är lämpligt.

*1. Åberopsbördan för förfallodagens inträde.*

Först skall då undersökas det redan anmärkta fallet, att gäldenärens betalningsskyldighet är villkorad av att förfallodagen inträtt.[89] Bevisbördan i detta hänseende torde åtminstone i ett fall åligga borgenären, nämligen då skulden förfaller till betalning viss tid efter uppsägning.[90] Det kan ej rimligen krävas av gäldenären, att denne skall styrka att uppsägning ej skett. Även eljest torde borgenären ha bevisbördan. Generellt sett synes denne

[89] Eller kommer att inträda, innan målet avdömes. Denna modifikation gäller även för det följande. — Frågan om förfallotiden blir icke aktuell i sådana fall, där skulden ostridigt förfaller vid anfordran. En sådan anses ju stämningsansökningens delgivande vara.

[90] Om fordringen förfaller vid uppsägning, blir bevisbördan tydligen ej aktuell, jfr ovan not 89.

ha lättast att säkra bevisning, t. ex. genom att kräva skuldebrev. Detta bör i regel uppfattas som en rimlig begäran. Gäldenären kan däremot befinna sig i ett sämre läge. Åtminstone i försträckningsfall kan det vara oförmånligt för gäldenären att insistera på någon form av bevisning beträffande förfallodagen. Det gäller ju då att hålla sig väl med borgenären. Dessutom utgör det ju en processförutsättning, att käranden påstår att fordringen är förfallen till betalning,[91] och det synes mindre lämpligt att kräva av svaranden, att denne skall styrka, att detta kärandens påstående är felaktigt.

Det synes mig icke nödvändigt att kräva av borgenärer, att de skola åberopa förfallodagens inträde till grund för sin talan.[92] På grund av vad som ovan anförts[93] förenklas nämligen det övervägande antalet mål, såvida åberopsbördan åvilar gäldenären. Då behöver ju domstolen taga hänsyn till förfallodagen blott när den senare påstår, att den icke inträffat. Typiskt sett kommer frågan härom att i så fall aktualiseras i process endast när det finns anledning att ifrågasätta, att käranden väckt sin talan för tidigt. Och om gäldenären är villig att betala i förtid, må det väl vara honom tillåtet.

Frågan om förfallodagens inträde synes ej heller böra tillmätas en så avgörande betydelse för prövningen av käromålet, att ett påstående därom nödvändigtvis måste ingå i grunden. Antag, att borgenären lämnat frågan obeaktad i stämningsansökningen. Om gäldenären uteblivit från första inställelsen och borgenären då besvarade rättens fråga om huruvida förfallodagen inträtt med att åberopa detta, så kunde borgenären icke erhålla bifallande tredskodom. Gäldenären måste ju dessförinnan få del av det nya åberopandet.[94] Och om rätten icke uppmärksammat frågan förrän vid överläggningen till dom, skulle käromålet ogillas.

Dessa synpunkter förefalla mig avgörande. Även om gäldenären skulle ha uteblivit i förlitan på att domstolen skulle finna borgenärens talan ogrundad, är ju den förres sak ändå ej förlorad. Denne har ju rätt till återvinning. Och skulle gäldenären ha inställt sig och huvudförhandlingen slutförts, utan att förfallodagen kommit på tal, synes det väl kraftigt att ogilla käromålet eller att på nytt inkalla parterna blott på grund av att ingenting åberopats i denna fråga, särskilt som kravet sannolikt är förfallet, då ju gäldenären ej protesterat i detta avseende. Att den senare skulle tiga och lita till att domstolen av egen drift skulle upptäcka bristen, förefaller osannolikt.

Emellertid kunde man göra gällande, att borgenären ändock måste åbe-

[91] Se Ekelöf: Rättegång II s. 299 f.

[92] Undantag måste dock göras för poster, som förfalla till betalning vid olika tider, t. ex. hyror och avbetalningslikvider. Sådana poster kunna i regel ej identifieras utan angivande av förfallodagen. Denna blir härvidlag ett oundgängligen erforderligt individualiseringsmoment.

[93] Se ovan s. 249.

[94] RB 44: 8 st. 2 p. 1.

ropa förfallodagens inträde, enär detta i regel är en *processförutsättning*. Dock skulle icke åberopandet i och för sig medföra, att domstolen funne sig ha anledning att undersöka, om rättegångshinder förelåge.[95] Så är nämligen blott fallet, om borgenären själv gör gällande, att fordringen icke är förfallen.[95] Detta måste vara sällsynt förekommande i andra fall än då borgenären menar, att någon av de i RB 13: 1 mom. 1—5 angivna omständigheterna föreligger. Men antag, att han i stämningsansökningen förbigått förfallodagen med tystnad. Vad skall då gälla?

Menar man, att domstolen i denna situation skall ex officio uppta frågan om rättegångshinder, kan stämningsansökningen likväl ej utan vidare avvisas. Det måste ju först utredas, om rättegångshinder verkligen föreligger,[96] d. v. s. huruvida käranden själv gör gällande, att fordringen ej är förfallen. Antingen får domstolen förelägga käranden att lämna bestämt besked om förfallodagen eller utsätta sammanträde enligt RB 42: 13. Domstolen kan väl även på ett mera informellt sätt fråga ut käranden, t. ex. vid ett telefonsamtal. Skulle käranden vägra att besvara domstolens fråga, torde väl stämningsansökningen böra avvisas. Såtillvida kan man säga, att en åberopsbörda åvilar käranden i frågan om rättegångshinder föreligger eller ej. Men mot bakgrunden av att anhängiggjorda krav vanligen äro förfallna, kan man fråga sig, om det är välmotiverat att ålägga rätten att upptaga frågan av egen drift. Det förefaller, som om den ifrågavarande processförutsättningen huvudsakligen vore motiverad av hänsyn till gäldenärers intresse av att icke i förtid besväras med rättegång.[97] Åtminstone de lege ferenda synes därför processhindret ifråga böra vara dispositivt.[98] Att rätten upptoge frågan skulle i så fall vara beroende av svarandens invändning,[99] och käromålet skulle avvisas blott om käranden erkänt vad svaranden invänt[100] samt, om

[95] Se Ekelöf: Rättegång II s. 299 f.

[96] Att rättegångshinder *uppenbart* skulle föreligga kan i vart fall ej antagas. Se RB 42: 4 st. 2.

[97] Ekelöf angiver (i Rättegång II s. 300) de skäl, som motivera förbudet i RB 13: 1 att i andra än där avsedda fall upptaga till prövning talan om icke förfallen gäld. Skälen äro: 1) att gäldenären kanske frivilligt skulle betala på förfallodagen, varför en förtida rättegång vore onödig; 2) att det under mellantiden kunde inträffa något, som medförde att rättsföljden upphörde eller modifierades. Vad nu åberopsbördans placering angår, synes det ej stå i strid med dessa ändamål att lägga denna på gäldenären. Ändamålen torde ej heller sämre tillgodoses, om gäldenären har att göra invändning om förfallodagen än om borgenären måste åberopa denna som grund.

[98] Jfr Kallenberg I s. 1169 och Wrede s. 65 f. Kallenberg hade dock en annan uppfattning om motiveringen av ifrågavarande processhinder. Det vore nämligen en allmän förutsättning för rättegång, att käranden hade ett rättsskyddsbehov. Att så vore fallet, borde beaktas ex officio (a. a. s. 1183 jämfört med s. 969 ff). — Läran om rättsskyddsintresset får dock i stort sett anses förfelad. — Jfr vidare även Gärde s. 131.

[99] Se härom Ekelöf a. a. s. 199 f. och Kallenberg I s. 1166 ff.

[100] Skulle käranden däremot hävda, att förfallodagen verkligen inträtt, men icke lyckas styrka detta, skall hans talan emellertid icke avvisas utan *ogillas* (se Ekelöf: Rät-

den förre tillika gjort gällande någon av de i RB 13: 1 mom. 1—5 upptagna omständigheterna, denna funnits icke föreligga.

Emellertid torde RB 34: 1 jämfört med RB 13: 1 lägga hinder i vägen för att betrakta ifrågavarande rättegångshinder som dispositivt. Därmed är dock ej sagt, att domstolen alltid bör uppta frågan om rättegångshinder, så snart stämningsansökningen icke innehåller uppgift om att förfallodagen inträtt. RB 34: 1 anses ju i praxis icke medföra skyldighet för käranden att i stämningsansökningen göra gällande, att saken icke är res judicata. Detta processhinder beaktas av domstolen blott när det förekommit något, som tyder på att frågan tidigare avgjorts. Frågan om rättegångshinder skall ju enligt RB 34: 1 upptagas ex officio, *när anledning förekommer därtill.* Mot bakgrunden av det ovan de lege ferenda anförda skälet för att ifrågavarande rättegångshinder borde varit dispositivt, förefaller det icke erforderligt att låta blott den omständigheten, att uppgift om förfallodagens inträde saknas i stämningsansökningen, utgöra anledning att beakta frågan om rättegångshinder. Denna fråga skulle då ej behöva upptagas med mindre domstolen av någon särskild anledning misstänkte, att den yrkade prestationen enligt kärandens egen uppfattning icke vore förfallen.[101]

Även om man skulle stanna för motsatt lösning på denna fråga och finna, att borgenären *med hänsyn till frågan om rättegångshinder* hade att göra gällande, att förfallodagen inträtt, kan det dock tänkas fall, där det förefaller mindre lämpligt att jämlikt RB 17: 3 p. 2 ålägga honom jämväl en åberopsbörda härför i själva saken.[102] Antag, att käranden underlåtit att lämna uppgift om förfallodagen i stämningsansökningen, och att domstolen ändå utfärdat stämning.[103] Svaranden delgives stämningsansökningen men uteblir. Nog måste väl käranden även i en sådan situation kunna erhålla tredskodom? Såsom tidigare anförts synes något mera beaktansvärt skäl häremot inte kunna anföras.

Jag skulle för min del vilja förorda, att den primära åberopsbördan för förfallodagens inträde lades på gäldenären. För den händelse att denne invände att förfallodagen ej vore inne, skulle emellertid åberopsbördan övergå på borgenären. Om vi bortse från de i RB 13: 1 1.—5. avsedda fallen, hade

tegång II s. 299). Domen formuleras i detta fall så, att kärandens yrkande säges icke för närvarande kunna bifallas (se Ekelöf: Rättegång III s. 94).

[101] Det sagda gäller dock ej lagsökning, där rätten alltid skall pröva, om de särskilda processförutsättningarna för lagsökning äro för handen. Se Hassler s. 33.

[102] Enligt sin ordalydelse gäller RB 17: 3 p. 2 endast rättens avgöranden i själva saken. Möjligen kan stadgandet någon enstaka gång analogt tillämpas i rättegångsfrågor.

[103] Att stämning utfärdats behöver ej bero på något förbiseende. Stämningsansökningen skall ju som nämnts avvisas blott när rättegångshinder uppenbart föreligger. Detta kan ej vara förhållandet här. Dessutom kan ju domstolen ha fått en muntlig underhandsuppgift av käranden om att förfallodagen inträtt.

borgenären därvid två möjligheter att bemöta invändningen. Dels kunde han åberopa, att ingen överenskommelse träffats om förfallotid, varför fordringen vore förfallen vid anfordran.[104] Den andra möjligheten för borgenären vore att påstå, att sådan förfallodag avtalats, att fordringen redan vore förfallen eller komme att förfalla, innan dom i målet meddelats.[105] Menade gäldenären, att man överenskommit om en senare förfallodag, kunde denne hävda detta som ett *bevisfaktum* till stöd för att borgenärens påstående vore felaktigt. Gäldenären torde därvidlag icke ha någon åberopsbörda. Orsaken härtill är, att borgenären har bevisbördan för att ingen respektive en viss förfallodag avtalats, och att dennes talan därför skall ogillas, om borgenären ej lyckats styrka sitt påstående och ej heller åberopat och styrkt någon alternativ, för honom förmånlig version av vad som avtalats. Om däremot gäldenären haft bevisbördan, skulle tillika en sekundär åberopsbörda ha åvilat honom.

*2. Åberopsbördan för insolvens vid enkel borgen.*

Ytterligare ett tveksamt fall avser enkel borgen. Ett villkor för att borgenärens talan mot borgensmannen skall vara civilrättsligt grundad är, att huvudgäldenären icke kan betala skulden. Men är detta en omständighet av sådan vikt, att den måste ingå i grunden, eller bör den lämpligen utgöra ett svarsfaktum, omfattat av borgensmannens åberopsbörda?

Vi skola först något diskutera vad som i detta sammanhang utgör rättsfaktum. Som bekant brukar man härvidlag kräva, att borgenären företagit ett resultatlöst utmätningsförsök eller i huvudgäldenärens konkurs icke erhållit utdelning för det nu yrkade beloppet. Därmed likställes, att huvudgäldenären håller sig undan eller avvikit utomlands utan att kvarlämna tillgångar.[106] Dessa borgenärens indrivningsåtgärder m. m. synas dock ej böra anses vara av rättsfaktums karaktär utan endast utgöra bevisfakta. Väl kunde man säga, att insolvens i och för sig icke vore tillräckligt rättsfaktum. Därtill skulle i så fall komma, att den måste ha yttrat sig i vissa omständigheter såsom de nyss nämnda.[107] Men om jämväl dessa förhållanden hade karaktären av rättsfakta, skulle borgenären, för den händelse att huvudgäldenären varken avvikit eller försatts i konkurs, behöva bekosta rättegång och utmätning mot huvudgäldenären även försåvitt denne vore notoriskt

[104] 5 § skuldebrevslagen ävensom 12 § köplagen ex analogia.

[105] Alla de här nämnda omständigheterna (ingen överenskommelse om förfallodag, avtal om förfallodagen *x* eller *y*) utgöra naturligtvis rättsfakta, på vilka domstolen ej utan särskilt åberopande kan grunda sin dom.

[106] Se Rodhe § 24 D 1 vid not 44 och 45. Borgenären har ostridigt bevisbördan för insolvens (se a. st. samt § 26, 3 vid not 22).

[107] Jfr diskussionen hos Welamson: Konkursrätt s. 50 ff. ang. insolvens som rättsfaktum för konkurs.

insolvent och jämväl borgensmannen vore fullt övertygad därom.[108] Borgenärens intresse av att undgå onyttiga kostnader står härvid icke i strid mot borgensmannens. Deras intressen kunna rent av sammanfalla, om borgensmannen åtagit sig ansvar även för indrivningskostnaderna. Kravet på indrivningsåtgärder av visst slag eller konstaterande av de i HB 10: 8 p. 2 angivna förhållandena synes mig därför böra anses innefatta en regel om exklusivt bevis, en regel som kan sättas ur kraft genom borgensmannens erkännande av rättsfaktum. Innehållet i detta rättsfaktum får anses vara, att huvudgäldenären saknar tillgångar till gäldande av skulden.[109]

Beträffande åberopsbördans placering kan nu till stöd för uppfattningen, att denna bör åvila löftesmannen, anföras följande: Med en sådan placering behöver frågan om huvudgäldenärens insolvens icke ingå i processmaterialet för domen i de fall, då denna fråga är ostridig mellan parterna. Man kan väl också tillägga, att det närmast bör ankomma på borgensmannen att avgöra, huruvida han vill göra detta villkor gällande eller ej.

Dessa skäl kunna väl icke anses synnerligen starka. Men till stöd för uppfattningen, att borgenären bör åberopa insolvens, kan man knappast anföra annat än att han också har bevisbördan därvidlag och på grund därav har särskild anledning att tänka på villkoret ifråga. Om emellertid borgenären underlåtit att påstå insolvens och borgensmannen uteblivit, förefaller det ganska hårt att vägra borgenären bifallande tredskodom såsom icke lagligen grundad. Enkel borgen är ju i förhållande till proprieborgen relativt ovanlig. Om åberopsbördan åvilade borgenären, kunde detta medföra en viss risk för att insolvensen bleve bortglömd i stämningsansökningen, med obehagliga överraskningar och tidsödande kompletteringar som följd. För en borgensman ter det sig däremot mera naturligt att framställa en invändning om solvens. Jag har svårt att tänka mig, att någon borgensman skulle våga underlåta att invända detta samt utebliva i förlitan på att domstolen skulle finna käromålet ogrundat. Om borgensmannen försummar att åberopa, blir han visserligen förpliktad att betala. Men någon allvarligare rättsförlust lider han ej. Om huvudgäldenären verkligen är insolvent, vilket typiskt sett torde vara det vanligaste, när borgenären stämmer borgensmannen, så hade den senares invändning icke haft annan effekt än att fördröja domen. Och om huvudgäldenären har några tillgångar, kan ju borgensmannen i motsvarande mån göra sig skadeslös genom regresskrav.

[108] Synpunkten har dock betydelse blott såframt insolvensen ingår i grunden. Om borgensmannen har åberopsbördan, kan han förutsättas underlåta att göra invändning i uppenbara fall.

[109] Även om borgensmannen har åberopsbördan, bör rättsfaktum ej bestämmas vidlyftigare. Det bör icke krävas, att denne skall göra något bestämt påstående om arten eller resultatet av borgenärens åtgärder.

Skulle man däremot finna, att resultatlöst utmätningsförsök, bristande utdelning i huvudgäldenärens konkurs, dennes undanhållande eller avvikande böra betraktas som rättsfakta,[110] torde *borgenären* böra åläggas åberopsbördan. Eftersom var och en av dessa omständigheter utgör tillräcklig motivering för borgenärens yrkande, skulle denne nämligen endast behöva åberopa en sådan, medan däremot borgensmannen, om han hade åberopsbördan, skulle behöva göra gällande, att icke något enda av de tänkbara fallen förelegat.

Om indrivningsåtgärderna emellertid, som här förordats, anses utgöra bevisfakta, synas något starkare skäl tala för att lägga åberopsbördan på borgensmannen. Så kommo åberopandena också att faktiskt gestalta sig i rättsfallet SvJT 1945 s. 67.

### IV. Åberopsbördan vid giltighetsförutsättningar.

Vi övergå slutligen till den sista stora gruppen av »rättsgrundande» omständigheter, de allmänna och speciella förutsättningarna för rättshandlingars giltighet. Vad beträffar de förstnämnda, torde i en fullgörelseprocess käranden icke böra åläggas att åberopa dem till grund för sin talan. I det övervägande antalet processer äro de åberopade avtalen nämligen giltiga. Man kan då kosta på sig att i rättegångar bortse från giltighetsförutsättningarna i den mån det icke särskilt sättes i fråga, att någon skulle saknas.[111] Detta kan lämpligen överlåtas på svaranden, som ju bör bevaka sina intressen av att icke bli dömd på grund av ett ogiltigt avtal.

Vad svaranden har att åberopa är alltså, att någon viss ogiltighetsgrund förelegat. En sådan ordning innebär, som redan tidigare nämnts,[112] att procederandet i allmänhet förenklas i mål, där kärandens yrkande grundas på t. ex. ett avtal. Om käranden hade åberopsbördan, skulle denne nämligen behöva göra gällande, att ingen enda tänkbar ogiltighetsgrund förelegat.[113] Därmed skulle samtliga allmänna giltighetsförutsättningar göras till processmaterial. Visserligen skulle detta ej behöva medföra så stora olägenheter. Det rimliga i denna situation vore ju att därefter kräva ett konträrt åberopande från svaranden av någon specificerad ogiltighetsanledning. Därmed skulle svaranden alltså ej undgå en åberopsbörda, samtidigt som giltighetsfrågan skulle aktualiseras i alla mål. I åtskilliga skulle detta ha skett till

[110] Så torde vara fallet enligt tysk rätt. Se BGB §§ 771 och 773. Ang. finsk rätt se Ekström s. 69 f.

[111] Jfr Kallenberg II s. 19.

[112] Se ovan s. 199 f.

[113] Visserligen skulle man kunna tänka sig, att svaranden hade åberopsbördan beträffande somliga ogiltighetsgrunder och käranden för andra. Men så snart den senare hade åberopsbördan för flera giltighetsförutsättningar, skulle han behöva åberopa alla, som icke ankomme på svaranden.

ingen nytta, eftersom giltigheten skulle visa sig ostridig. Och ostridigheten skulle behöva konstateras både vid handläggningen och i domen. Lämpligast synes därför vara att i fullgörelsemål befria käranden från åberopsbördan och att i stället lägga denna på svaranden.[114]

De här anförda skälen torde göra sig gällande helt oberoende av vilkendera parten som har bevisbördan. Denna åvilar emellertid i regel svaranden i en vanlig fullgörelseprocess.[115] Någon faktisk skillnad i fördelningen torde därför vanligen icke uppkomma i hithörande fall.

Samma resonemang torde väl i regel kunna föras, när det gäller *de speciella giltighetsförutsättningarna.* Även här bör åberopsbördan så placeras, att man icke i onödan indrager ostridiga omständigheter i målet. Som exempel kan här nämnas åberopsbördans placering beträffande den omständigheten, att ett avtal ingåtts i viss föreskriven *form.* Lägges åberopsbördan härför på den part, som i en fullgörelseprocess åberopar avtalet, d. v. s. i regel käranden, måste denne varje gång, som ett formbundet avtal göres gällande, tillika åberopa, att formkravet är uppfyllt. Käranden synes visserligen ha bevisbördan härför. Men oftast skulle åberopandet av att formkravet iakttagits icke leda till annat än ett konstaterande av ostridighet på denna punkt. Om däremot svaranden har åberopsbördan, torde formfrågan i stort sett bli processmaterial endast när den verkligen är aktuell. Något »okynnes» åberopande av icke-form lär man ej behöva befara från svaranden, enär käranden vanligen med lätthet kan bevisa motsatsen. Om man beaktar, att formföreskrifterna merendels äro uppfyllda, skulle vinsten av att lägga åberopsbördan på svaranden bli ganska stor. I de flesta mål kunde man då bortse från formfrågan, i den mån denna icke skall beaktas ex officio och sålunda utgör ett indispositivt moment.

[114] Annorlunda måste det förhålla sig om käranden för negativ fastställelsetalan och yrkar, att rätten måtte förklara visst avtal ogiltigt. I detta fall är ogiltighetsanledningen erforderlig som grund för yrkandet. Eljest skulle ju svaranden här drabbas av samma olägenheter som käranden i en fullgörelseprocess (se ovan vid not 113).

[115] Se Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 69 och Almén—Eklund: Avtal s. 112.

# Kap. 11.
# Svarsfaktum eller replikfaktum?

Slutligen skall här behandlas ett fall, som icke rör grunden utan frågan om en viss omständighet bör utgöra svarsfaktum eller replikfaktum.[1] Antag, att en säljare väcker talan mot köparen och yrkar utfående av köpeskillingen. Köparen påstår fel i godset.[1a] Vem har då åberopsbördan för den *reklamation,* varom stadgas i 52 § köplagen? Bevisbördan i detta hänseende torde åvila köparen.[2] Svårigheterna för säljare att styrka, att reklamation ej skett, torde generellt sett vara så stora, att kravet på reklamation icke skulle fylla sin samhällsfunktion, om säljaren hade bevisbördan. Men är det lämpligt att lägga även åberopsbördan på köparen? I så fall skulle frågan om reklamation behöva tagas upp till behandling i alla hithörande mål. Om däremot säljaren har att åberopa underlåten reklamation, förenklas processen i alla de fall, där reklamation ostridigt skett, eller då säljaren finner det olämpligt att tvista därom. Skälet härtill kan t. ex. vara, att säljaren önskar få fastslaget, huruvida varan är att anse som felaktig eller ej, något som för honom kan vara av större ekonomiskt intresse än att vinna målet på grund av utebliven reklamation.[3, 3a]

Om säljaren har åberopsbördan, slipper man sålunda att taga upp tiden med att konstatera ostridighet.[4] Dessutom är det väl icke omöjligt, att, om åberopsbördan lägges på säljaren, reklamationsfrågan hålles utanför målet även i en del fall, då den med en motsatt placering av åberopsbördan skulle ha blivit tvistig. Såsom nyss anförts kan det nämligen tänkas, att säljaren vill avstå från att göra verkningarna av underlåten reklamation gällande. Ett ytterligare skäl härför kan vara, att det ofta uppfattas som en kitslighet att stödja sig på en formalitet, och att det därför kan ligga i säljarens intresse att icke i onödan försämra förhållandet till köparen eller framstå i

[1] För ytterligare exempel härpå se ovan s. 242 ff.

[1a] Åberopsbördan härför åvilar köparen.

[2] Jfr Rodhe § 20 C vid not 61 (s. 211) samt Almén—Eklund: Köp s. 710.

[3] Om säljaren åberopar icke-reklamation, riskerar han nämligen, att domstolen ogillar köparens invändning enbart på grund härav utan att taga ställning till frågan om fel i godset verkligen förelegat.

[3a] I den situationen, att köparen yrkat skadestånd på grund av fel i godset men säljaren uteblivit, synes det vidare mindre tillfredsställande att vägra bifall till käromålet i tredskodom blott därför, att köparen ej åberopat, att han reklamerat i tid.

[4] Vinsten blir givetvis icke särskilt omfattande. I de ostridiga fallen skulle ju säljaren genast erkänna. Dock måste domstolen konstatera hans inställning både vid förberedelse och huvudförhandling samt i domen, såvida köparen hade åberopsbördan.

mindre god dager inför andra kunder. Att åberopa utebliven reklamation kan förefalla vissa människor som ett försök att komma undan på formella grunder och därigenom undgå en rättvis prövning i sak. Men även då säljaren icke velat fästa vikt vid reklamationsfrågan, kan han likväl se sig föranledd därtill, om köparen har åberopsbördan och därför drager upp frågan. Nå, men i så fall behövde ju säljaren blott erkänna reklamationen för att bringa frågan ur världen. Visserligen, men att erkänna kan dock kräva ett större mått av självövervinnelse än att helt enkelt gå förbi frågan med tystnad.

Allt detta motiverar, att avgörandet om huruvida reklamationsfrågan överhuvudtaget skall tagas upp i målet bör ligga hos säljaren. Denne behöver ju icke tappa målet, även om han lämnar reklamationsfrågan därhän. Vidare torde det förhålla sig så, att säljare äro köpmän i betydligt större utsträckning än köpare.[5] Köpmän ha vanligen betydelsen av reklamation mera klar för sig än gemene man, som ofta ej alls känner till detta krav.[6] Att placera åberopsbördan på köparen skulle då tendera till att öka antalet fall, där parten glömde bort eller icke förstode vikten av ett åberopande och därför riskerade att förlora målet. Även detta är ett skäl för att säljaren bör ha åberopsbördan.[7] Denna lösning medför emellertid, att köpare i de fall, då invändning om underlåten reklamation verkligen reses, måste framställa ett konträrt åberopande av någon viss reklamationshandling.[8]

Vad nu sagts torde i huvudsak gälla även beträffande reklamation enligt 22 och 23 §§ kommissionslagen. Den primära åberopsbördan bör här åvila kommissionären. Därefter har kommittenten en sekundär åberopsbörda, liksom även bevisbördan torde åvila honom. Däremot bli rollerna omkastade beträffande den underrättelse, som kommissionär skall lämna enligt 12 § samma lag. Där har kommittenten den primära och kommissionären den sekundära åberopsbördan jämte bevisbördan.

Vad angår motfakta i övrigt, torde dessa ofta utgöras av enkla och osammansatta omständigheter, som i regel bli tvistiga, om de åberopas. Svårigheten vid bestämmandet av åberopsbördans fördelning är främst att fixera grunden. Sedan detta väl blivit gjort, är det ofta ganska klart, vad som skall hänföras till de olika grupperna av motfakta. Något måste ju svaranden åberopa som svarsfaktum, för att käranden i sin tur skall ha anledning att påstå ett replikfaktum. I sådana fall, där svaranden kan tänkas göra gällande två omständigheter, varav den ena anknyter till den andra, har

[5] Jfr Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 183.
[6] Däremot kan det ej sällan vara så, att köpare de facto ha reklamerat, trots att de icke känt till, att det var nödvändigt.
[7] Vid reklamation enligt 27 § köplagen torde förhållandena vara analoga.
[8] Se ovan s. 82 ff.

man emellertid anledning att fråga sig, om den förra skall utgöra svarsfaktum eller replikfaktum.[9] Om den med yrkandet korresponderande rättsföljden prekluderas av omständigheterna $A + B$ i förening, varav $A$ utgör den primära invändningen och $B$ ett villkor eller förutsättning för $A$:s relevans,[10] så måste $A$ visserligen alltid åberopas av svaranden, för så vitt dess motsats icke skall ingå i grunden. Däremot kan det tänkas, att skäl tala för att låta käranden därefter åberopa *icke-B* som replikfaktum.

Endast om svarsfaktum kan innehålla mer än ett moment, har argumentet att det är onödigt att konstatera ostridighet någon styrka. Om svarsfaktum icke är sammansatt av $A + B$ utan utgöres av den enkla omständigheten $A$, måste nämligen käranden förneka $A$ för att överhuvudtaget ha någon framgång med sin talan.[11] Om däremot svaranden har att åberopa dels svarsfaktum $A$ jämte den därtill anknutna omständigheten $B$, kan käranden kosta på sig att låta $B$ vara ostridig, medan han sätter in sin kraft på att gendriva $A$. Reklamation utgör just ett exempel härpå. Den primära invändningen är här fel i godset (respektive mora), vartill anknutits det mera formella kravet på reklamation. I mål, där köparen gör gällande fel i godset, är det ofta ostridigt, att han reklamerat, och dessutom lätt att bevisa detta. Låter man då säljaren ha åberopsbördan i reklamationsfrågan, slipper man att konstatera ostridighet i denna fråga.

En komplikation är emellertid att, om käranden gentemot svarsfaktum $X$ kan tänkas åberopa replikfaktum $Y$, det ofta är lika tänkbart, att i stället *icke-Y* utgör ett element i svarsfaktum och tillhör svarandens åberopsbörda. Om i mål av hithörande typ *icke-Y* ofta skulle vara ostridigt, synes den primära åberopsbördan ifråga om $Y$ i regel böra åvila käranden.

Däremot torde det tidigare använda argumentet, att en olämplig placering av åberopsbördan kan resultera i att ett antal alternativa omständigheter göras till processmaterial, knappast alls ha någon betydelse, då det gäller att avgöra, om en omständighet skall vara svarsfaktum eller replikfaktum. Detta sammanhänger givetvis med att icke blott käromålet redan är klart och tydligt avgränsat utan även svarandens huvudinvändning skall vara preciserad, för att man överhuvudtaget skall kunna ifrågasätta, om en omständighet utgör svarsfaktum eller replikfaktum. Antalet alternativ, som i en så pass avgränsad situation kunna ha betydelse, torde sällan vara stort.

[9] Så förhåller det sig vid preskription, se ovan s. 207 ff.

[10] Vad som utgör »primär invändning» respektive ytterligare villkor får avgöras från fall till fall.

[11] En förutsättning är dock, att käranden icke har replikfakta i beredskap. Se nästföljande stycke.

# Slutanmärkningar i fördelningsfrågan

Sammanfattningsvis kan konstateras, att antalet fall, där starkare skäl tala för placering av den primära åberopsbördan och bevisbördan på olika parter, icke är obetydligt. Det vill då synas, som om en huvudregel om bevisbördans och åberopsbördans överensstämmande fördelning ej kunde giva mycken ledning vid bestämmandet av åberopsbördans placering i det enskilda fallet. Detta kan ju just vara ett av undantagsfallen. Detta talar enligt min mening för accepterandet av en från bevisbördan helt skild princip för åberopsbördans fördelning. Den princip, som tidigare uppställts, nämligen att åberopsbördan bör så fördelas, att processmaterialet icke onödigtvis utvidgas utan så vitt möjligt begränsas till vad som verkligen är tvistigt mellan parterna, denna princip synes mig kunna tillämpas generellt.[1] Ett tillfredsställande resultat av fördelningen erhålles därvid alltid, eftersom just ett sådant resultat är det avgörande för hur fördelningen skall ske.

Att erkänna en från bevisbördan skild princip för åberopsbördans fördelning medför emellertid en viss nackdel. Av ett fördelningsproblem blir två. Frågan om åberopsbördans placering blir ett särskilt spörsmål, som kanske många gånger kan förefalla svårlöst. Enligt min mening väger denna olägenhet lätt mot de allvarliga processuella svårigheter, som bli följden av att alltid fördela åberopsbördan på samma sätt som bevisbördan. Härvid må också följande beaktas: I åtskilliga fall blir resultatet av den här förordade principen för åberopsbördans fördelning, att den primära åberopsbördan och bevisbördan komma att åvila samma part.

Det synes nämligen förhålla sig så, att undantagsfallen, såvitt denna undersökning givit vid handen, äro koncentrerade till vissa speciella grupper av rättsfakta. När det gäller sådana element i det rättsgrundande händelseförloppet, vilka erfordras för individualisering av grunden eller eljest äro av dominerande betydelse, synes en olikartad fördelning komma ifråga huvudsakligen i sådana fall, där man brukat tala om en »omkastad bevisbörda», d. v. s. fall där svaranden har bevisbördan beträffande något av nyssnämnda element, antingen nu detta avser en handling eller underlåtenhet av svaranden. Om

[1] Sålunda är principen tillämplig även på ett så extremt fall, att det skulle ifrågasättas, huruvida käranden överhuvudtaget behövde åberopa någon grund för sitt yrkande. Om käranden ej skulle ha någon åberopsbörda härvidlag, indroges nämligen varje tänkbar grund för hans yrkande i målet. Domstolen hade ju då att pröva, huruvida yrkandet skulle bifallas, oberoende av vilka rättsfakta som detta kunde grundas på (jfr Kisch s. 188 f.).

däremot käranden har bevisbördan därvidlag, torde man i regel kunna förutsätta, att han också har åberopsbördan.

Likaså synes man beträffande de rättsupphävande fakta ha anledning att särskilt beakta åberopsbördans placering främst då bevisbördan härvidlag åvilar käranden. Också här blir skillnaden alltså aktuell huvudsakligen vid fall av »omkastad bevisbörda». Dessa torde emellertid vara sällsynta. Här föreligga i praktiken inga större svårigheter. Om den rättsupphävande omständigheten kan tänkas bestå av flera moment, bör dock åberopsbördans placering särskilt övervägas, så att man är säker på vad som skall hänföras till svarsfaktum respektive till replikfaktum.

Vad härefter angår smärre rättsgrundande omständigheter eller moment däri, vilka ej äro nödvändiga som individualiseringsmoment, och vilka vanligen ej bliva tvistiga i särskilt många mål, böra dessa ofta ej åberopas av käranden till grund för hans yrkande, och detta gäller oberoende av vilken part som därvidlag har bevisbördan. Det rör sig här om allehanda betingelser för rättsföljdens inträde och fortbestånd: giltighetsförutsättningar, förekomsten och uppfyllandet av avtalade villkor, frånvaron av andra villkor, förfallotider och dylikt.[2] Sådant bör i fullgörelsemål vanligen ankomma på svaranden att göra gällande. I viss utsträckning torde svaranden också ha bevisbördan därvidlag, särskilt när det gäller giltighetsförutsättningarna. Men ifråga om avtalsvillkor, förfallotider med mera sådant kan man icke utgå från att fördelningen bör överensstämma. Visserligen har samma part ofta både en åberopsbörda och bevisbörda. Men den åberopsbörda, som det här gäller, är den sekundära åberopsbördan för konträra påståenden. Den part, som har den primära åberopsbördan och blir lidande på att det överhuvudtaget icke åberopas något i ifrågavarande avseende, har ofta ej bevisbördan.

I dessa fall synes alltså frågan om åberopsbördans placering alltid böra särskilt undersökas. Emellertid kan resultatet av en sådan undersökning stundom bliva, att skälen för att en viss part skall ha åberopsbördan och skälen för att densamma skall åläggas motparten väga ganska jämnt, eller att inga starkare skäl vare sig för den ena eller för den andra placeringen kunna upp-

[2] Om en omständighet enligt äldre terminologi klassificerats som »rättshindrande», bör detta genast väcka en misstanke om att svaranden skall ha åberopsbördan. Läran om de rättshindrande fakta kan visserligen ej försvaras. Till grund för densamma låg emellertid insikten om det olämpliga i att käranden skulle i alla mål behöva aktualisera frågan om förhandenvaron av sådana fakta. Liknande praktiska överväganden torde ha motiverat indelningen i *essentialia* och *accidentalia negotii,* varvid svaranden ansågs ha bevisbördan [och därmed åberopsbördan] för de senare [se härom Kallenberg: Erkännande s. 64 och 78 f. samt jfr Almén—Eklund: Köp s. 32 f.]. I den mån något rättsfaktum eller moment däri enligt denna äldre indelning skulle ha hänförts till *accidentalia,* synes frågan om åberopsbördans placering alltid böra särskilt uppmärksammas. Troligen bör då svaranden ha åberopsbördan.

täckas. I sådana fall synes det lämpligaste vara att låta åberopsbördans placering rätta sig efter bevisbördans. En sådan regel bör alltså gälla in dubio.

Till ledning för den som den som söker fastställa, hur åberopsbördan för en viss omständighet bör vara placerad, kan helt allmänt sägas följande: Man bör tänka på huruvida omständigheten ifråga ingår i det »rättsgrundande» händelseförloppet eller inträffat fristående från detta. I det senare fallet kan den nytillkomna omständigheten vara antingen rättsgrundande eller rättsupphävande. Att skilja häremellan torde mera sällan vara något problem. Frånvaron av rättsupphävande fakta skall en kärande i fullgörelsemål aldrig behöva åberopa. Här har svaranden åberopsbördan. Kan ett sådant faktum tänkas vara sammansatt av flera moment, synes dock gränsdragningen mellan svarsfaktum och replikfaktum böra särskilt övervägas. Ifråga om de rättsgrundande omständigheterna bör man tänka på huruvida omständigheten ifråga är av så dominerande betydelse, att den bör upptagas i grunden och om rättsfaktum tillhör individualiseringsmomenten. Om så är fallet, bör käranden ha åberopsbördan. I annat fall kan man fråga sig: Blir rättsfaktum i större utsträckning tvistigt i mål av denna typ? Bör käromålet lämpligen ogillas i tredskodom mot svaranden, om rättsfaktum ej åberopas? Att dessa frågor besvaras med nej utgör ett skäl för att svaranden bör ha den primära åberopsbördan, oavsett huru bevisbördan är placerad. Om svaranden därvid har att åberopa rättsfaktums negativa sida, torde käranden i betydande utsträckning ha en sekundär åberopsbörda. Detta är fallet, om käranden har bevisbördan och flera alternativa omständigheter kunna tänkas utgöra motsats till det av svaranden åberopade negativa faktum. Men om en part har *bevisbördan* för ett sådant negativt faktum *(icke-A)*, som innefattar ett flertal alternativa, tänkbara moment, så bör samma part icke ha den primära åberopsbördan. Denna bör i stället åläggas motparten, som då i närmast föregående omgång har att åberopa något speciellt *A*.[3] Vidare bör åberopsbördan ej vara så placerad, att en part jämte påståendet av ett visst motfaktum måste åberopa, att inga motstridande omständigheter i övrigt föreligga. Att göra någon speciell sådan gällande bör ankomma på motparten.

Sedan väl grunden bestämts, torde emellertid den fortsatta ordningen för åberopandena ej vålla så stora svårigheter. Omständigheternas karaktär av svarsfakta, replikfakta, duplikfakta o. s. v. torde ofta stå klar. Varom icke, får man naturligtvis överväga, hur åberopsbördan bör vara placerad. Men att avgöra detta är icke någon övermäktig uppgift, om man blott har klart för sig, att det är *de praktiska konsekvenserna*[4] av den ena eller andra place-

[3] Se ovan s. 88 f.

[4] Härvid bör man ej förbise, att åberopsbördans fördelning kan ha icke blott processuella utan även materiella konsekvenser (se ovan s. 198). Men i regel anvisa dessa en och samma placering av åberopsbördan, ehuru undantag ej äro uteslutna (se sålunda ovan s. 237).

ringen som man skall begrunda. In dubio kan man, som ovan framhållits, rätta sig efter bevisbördans placering.

Om man kommit till klarhet om huru åberopsbördans fördelning i grova drag bör gestalta sig, är det tydligt, att det ej har så stor betydelse, hur fördelningsprincipen formuleras. Man kan, som här har skett, tala om en fristående princip för åberopsbördans fördelning men tillägga, att fördelningen ifråga om vissa grupper rättsfakta vanligen rättar sig efter bevisbördans, samt att så bör vara fallet även in dubio. Eller också kan man vända på formuleringen och säga överensstämmelsen med bevisbördans fördelning vara huvudregeln, från vilken undantag göras, när så finnes påkallat. Vilken formulering man väljer saknar måhända ej helt betydelse. För egen del har jag valt den förstnämnda, eftersom den synes mig tydligare fästa uppmärksamheten vid att åberopsbördans fördelning är ett problem för sig. Om man väljer den senare formuleringen, tycks det nämligen föreligga en viss risk för att man slår sig till ro med huvudregeln om den överensstämmande fördelningen och glömmer bort de många viktiga undantagen.

# Zusammenfassung

*Deutsche Übertragung von Dr. jur. Gerhard Schmidt*

Kap. 17 § 3 Satz 2 des schwedischen Prozeßgesetzes (RB 17: 3 p. 2) lautet: „Handelt es sich um eine Sache, bei der ein Vergleich zugelassen ist, so darf das Urteil nicht auf Umstände gestützt werden, auf die sich die Partei nicht zur Begründung ihrer Klage bezogen hat".

Hieraus ergibt sich — für dispositive Verfahren, auf welche die Abhandlung begrenzt ist — der Grundsatz einer Behauptungslast (åberopsbörda). Daß eine Partei die Behauptungslast hat, bedeutet auch nach schwedischem Recht, daß es gerade dieser Partei zum Nachteil ist, wenn die Tatsache überhaupt nicht im Prozeß behauptet wird. Im Prinzip ist also die Behauptungslast auf die gleiche Weise wie die Beweislast konstruiert, und auch darin gleichen sie sich, daß sowohl die Behauptungslast als auch die Beweislast zwischen den Parteien verteilt sind.

RB Kap. 17 § 3 Satz 2 betrifft nur unmittelbar erhebliche Tatsachen. Andere Tatsachen, z.B. Indizien, kann das Gericht berücksichtigen auch wenn sie nicht behauptet werden.

Im Gegensatz zum deutschen Zivilprozeßrecht unterscheidet man in Schweden scharf zwischen *behaupteten* und *nur erwähnten* Tatsachen. Unmittelbar erhebliche Tatsachen, die in einem schwedischen dispositiven Zivilverfahren erwähnt, aber nicht besonders behauptet werden, dürfen dem Urteil nicht zu Grunde gelegt werden, insoweit sie nicht nur als Beweistatsachen berücksichtigt werden können. Dies wird dadurch erklärt, daß die Gegenpartei genau wissen muß, welchen unmittelbar erheblichen Tatsachen sie entgegenzutreten hat. Unter solchen Verhältnissen ist die Feststellung notwendig, was unter einer Behauptung im schwedischen Zivilprozeß verstanden wird. Eine Behauptung ist nicht nur eine Aussage über die Existenz oder Nichtexistenz einer Tatsache sondern umfasst auch einen Antrag, ein Begehren darüber, daß das Gericht die behaupteten Tatsachen seinem Urteil zu Grunde legen möge. Diese Eigenschaft des Begehrens ist das Kennzeichen einer Behauptung und muß sowohl für das Gericht als auch die Gegenpartei deutlich herausgestellt werden, wobei nicht entscheidend ist, daß gerade das Wort „behaupten" angewendet wird. Nach Ansicht des Verfassers soll das Gericht niemals eine Äußerung einer Partei als eine Behauptung deuten, insofern nicht vorausgesetzt werden kann, daß auch die Gegenseite die Äußerung so aufgefaßt hat. Haben die Gerichte eine andere Praxis, kann es nicht nur geschehen, daß die Gegenseite versäumt, sich gegen diesen Punkt zu verteidigen, was wohl in der Regel eine Berufung zur Folge hat, sondern auch, daß die Gegenpartei allerhand unerhebliche Äußerungen zu widerlegen versucht.

Auf Grund der in dieser Abhandlung angewandten teleologischen Methode werden in *Kap. 1* die Zwecke der Behauptungslast behandelt. RB Kap. 17 § 3 Satz 2 ist ein Ausdruck des Verfügungsgrundsatzes. Da die Parteien außerhalb des Prozesses ihre Angelegenheiten nach Belieben regulieren können, muß dieselbe Möglichkeit ihnen auch im Verfahren zur Verfügung stehen. Zwar

kann eine Partei nicht über Tatsachen disponieren, aber über deren juristische Bedeutung muß sie vernünftigerweise so verfügen können, daß sie davon Abstand nehmen kann, einer Tatsache eine für sich vorteilhafte rechtliche Bedeutung beizulegen. Daher muß eine Partei davon Abstand nehmen können, eine günstige Tatsache im Prozeß zu behaupten.[1] Die Partei kann dafür gute Gründe haben, Gründe, die in einem Gemeinwesen auf privatwirtschaftlicher Grundlage respektiert werden müssen. Aber die Behauptungslast erfüllt auch andere Zwecke. Sie trägt dazu bei, daß der Rechtsstreit zweckgemäß angeordnet wird. Der Prozeß wird auf eine Gruppe genau angegebener Tatsachen beschränkt. Das Gericht weiß genau, was es zu beurteilen hat, und die Gegenpartei, wogegen sie sich zu verteidigen hat. Ohne genau präzisierte Behauptungen kann das Grundprinzip der Konzentration der Hauptverhandlung nicht aufrechterhalten werden. Wenn das Gericht dem Urteil Tatsachen zu Grunde legen könnte, die nicht behauptet, sondern nur erwähnt worden sind, muß eine Partei sich gegen jede solche Äusserung in der Hauptverhandlung verteidigen, von der denkbar wäre, daß ihr Inhalt eine für die Partei ungünstige unmittelbar erhebliche Tatsache wäre. Dies müsste oft zu Vertagungen und zu vermehrten Prozesskosten führen. Dazu kommt, daß durch eine zweckgemäße Verteilung der Behauptungslast vermieden verden kann, daß typisch unstreitige Tatsachen in das Verfahren hineingezogen werden. Dadurch kann der Rechtsstreit besser auf das wirklich Streitige konzentriert werden. Das Gericht braucht während der Verhandlung und im Urteil keine Zeit und Aufmerksamkeit auf die Feststellung der Unstreitigkeit zu verschwenden. Man nehme an, daß der Gläubiger die Behauptungslast dafür habe, daß der Schuldner den eingeklagten Betrag nicht bezahlt habe. Das müsste dann von *allen* Gläubigern in *allen* Forderungsverfahren behauptet werden. Der Gläubiger, der dies versäumte, würde seinen Prozeß mit der Begründung verlieren, daß er nicht einmal behauptet habe, die Forderung sei unbezahlt. In jedem Fall müsste das Gericht hier die Frage der Bezahlung behandeln, meistens natürlich unnötig, weil es sich herausstellt, daß die Nichtzahlung seitens des Schuldners unstreitig ist. Ganz anders verhält es sich, wenn der Schuldner die Behauptungslast für die Bezahlung hat. Dann wird diese Frage nur in einen kleineren Teil der Prozesse hineingezogen und typischerweise gerade in solche, in denen die Frage der Bezahlung streitig ist.

Die Behauptungslast kann schließlich einen Zweck ganz anderer Art erfüllen. Der Verfasser steht auf Seiten der von Olivecrona begründeten Beweislastlehre. Gemäß dieser soll die Verteilung der Beweislast für einen Tatbestand in einer Rechtsregel so geschehen, daß sie zur Verwirklichung des mit der Rechtsregel verfolgten Ziels beiträgt. Der Schuldner hat die Beweislast für die Bezahlung nicht weil Zahlung eine rechtsvernichtende Tatsache oder Tatbestandsmerkmal einer Gegennorm ist, sondern weil etwas anderes dem Zweck der Rechtsregel, nämlich daß Schuldner in größtmöglicher Ausdehnung zur Bezahlung ihrer Schulden angehalten werden sollen, entgegenwirken könnte. Hätte der Gläubiger die Beweislast, würde mancher Schuldner versucht sein, die Bezahlung zu unterlassen in der Hoffnung, daß der Gläubiger im

[1] Eine Pflicht, ungünstige Tatsachen zu behaupten, kennt das schwedische Recht nicht. Eine an die Wahrheitspflicht geknüpfte Vollständigkeitspflicht ist ein dem schwedischen Zivilprozeßrecht fremder Begriff.

Fall eines Rechtsstreits die Nichtzahlung nicht würde beweisen können. Es zeigt sich nun, daß es auch aus zivilrechtlichen Gesichtspunkten nicht ganz gleichgültig ist, wie die Behauptungslast verteilt wird. Man nehme an, daß der Gesetzgeber einer gewissen Handlungsweise entgegenwirken will. Dies kann dadurch geschehen, daß die Handlung als fahrlässig und zum Schadensersatz verpflichtend bezeichnet wird. Will der Gesetzgeber eine Vorschrift mit kräftigerer Wirkung haben, kann er erklären, daß die Beweislast in der culpa-Frage nicht beim Verletzten, sondern beim Schädiger liegen soll, dieser sich also exculpieren soll. Jetzt nehme man an, daß der Schädiger auch die Behauptungslast trägt. Dies würde es für ihn noch schwerer machen, sich der Schadensersatzpflicht zu entziehen. Früher hatte er sich darauf beschränken können, zu beweisen, daß er nicht den Schaden auf die Weise, die der Geschädigte behauptet hatte, verursacht hatte. Wenn der Schädiger selbst sowohl die Behauptungslast als auch die Beweislast hat, muß er jedoch sowohl behaupten als auch beweisen, daß er den Schaden in *keiner nur denkbaren Beziehung* verursacht habe. Jede Ungewissheit darüber soll nämlich in diesem Fall dem Schädiger zum Nachteil gereichen.

Die Rücksicht auf den Gegner und die Konzentration der Hauptverhandlung führen, wie Ekelöf dargelegt hat, mit sich, daß RB Kap. 17 § 3 Satz 2 rigoros angewendet werden muß. Dies erfordert, daß das Gericht eine starke materielle Prozeßleitung ausübt, besonders während der Vorbereitung der zivilprozessualen Hauptverhandlung. Wenn es unklar ist, ob eine Parteiäußerung als Behauptung gedacht ist oder nicht, muß das Gericht stets eingreifen und die Absicht der Partei klarlegen. Oft kann es auch nötig sein, daß das Gericht die Partei darauf aufmerksam macht, daß eine erwähnte, aber nicht behauptete Tatsache unmittelbare Bedeutung für den Ausgang der Rechtsstreits haben kann. Das Gericht kann dadurch die Partei veranlassen, ergänzende Behauptungen aufzustellen. Wird die Partei erst im Urteil über den Mangel aufgeklärt, führt dies regelmäßig dazu, daß die Partei Berufung einlegt, um Gelegenheit zu bekommen, die Behauptung in der zweiten Instanz aufzustellen, was kaum zum Vorteil irgendeiner Partei sein kann. Es verdient jedoch hervorgehoben zu werden, daß das Gericht niemals Druck auf die Partei ausüben darf, um eine Behauptung zu erhalten. Stein drückt dies treffend aus: „Alles Fragen des Richters nach Tatsachen und Beweismitteln strandet an dem ‚ich will nicht' der Partei".

*Kap. 2.* Hinsichtlich im Verfahren erwähnter mittelbar erheblicher Tatsachen (Beweistatsachen) können die Parteien das Prüfungsrecht des Gerichts nicht einschränken. Die Möglichkeiten des Gerichts, sich von Amts wegen Beweise zu verschaffen, sind zwar begrenzt. Aber wenn die Partei die Vernehmung eines Zeugen begehrt hat, kann das Gericht nicht gehindert werden, an den Zeugen Fragen zu stellen. Nicht einmal eine gemeinsame Erklärung der Parteien, daß auf eine von dem Zeugen erwähnte Tatsache nicht zum Beweis Bezug genommen werde, hat eine Wirkung gegenüber dem Gericht.

Die rechtliche Qualifikation unmittelbar relevanter Tatsachen hat das Gericht prinzipiell frei zu beurteilen. Iura novit curia. Doch scheinen Ausnahmen gelten zu müssen. Man nehme z.B. an, daß ein Kläger eine bestimmte Leistung auf Grund von Tatsachen begehrt, die gemäß seiner Ansicht einen Kaufvertrag darstellen. Das Gericht findet, daß es klar sei, daß die Umstände sich nicht

als Kauf, wohl aber als Nießbrauch darstellen. Der Beklagte gibt jedoch zu, daß es sich bei der Vereinbarung um einen Kaufvertrag handele. Da muß nach Ansicht des Verfassers das Gericht dadurch gebunden sein, gleichwie dann, wenn der Beklagte ein präjudizielles Recht zugibt, z.B. des Klägers Eigentum an einer beschädigten Sache, auch wenn die behaupteten Tatsachen an die Hand geben, daß das Eigentumsrecht nicht entstanden ist. In beiden Fällen ist der Grund der, daß die Parteien das Gericht durch einen Vergleich binden können. Es erscheint daher sinnlos, die Parteien daran hindern zu wollen, dasselbe Resultat durch ein einfaches Behaupten und Zugeben zu erreichen.

*Kap. 3.* Hier wird der Umfang der Behauptungslast behandelt. Welche unmittelbar erheblichen Tatsachen sollen behauptet werden? Die Antwort lautet: Sämtliche, doch unter der Voraussetzung, daß das Verfahren völlig dispositiver Natur ist. Das gilt unabhängig davon, ob eine Tatsache vom Kläger oder vom Beklagten behauptet werden soll, und nach der Meinung des Verfassers auch im Versäumnisverfahren. Jedoch können in einem Prozeß von überwiegend dispositiver Natur eingesprengte „indispositive Momente" vorkommen, welche das Gericht ohne Behauptung beachten muß. Diese Momente können von zweierlei Art sein, teils solche, deren Existenz das Gericht von Amts wegen nachforschen muß, teils solche, die das Gericht nur dann berücksichtigen muß, wenn eine besondere Veranlassung besteht, ihre Existenz anzunehmen. Als Beispiel für die erste Kategorie nennt der Verfasser die Erlaubnis zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks. In Schweden soll — mit gewissen Ausnahmen — jeder Käufer einer solchen Liegenschaft die Erlaubnis zum Erwerb von den öffentlichen Behörden erwirken. Wird dies unterlassen oder die Erlaubnis verweigert, ist der Kauf ungültig. Hätte das Gericht nun nicht ex officio nachzuforschen, inwieweit eine Erwerbserlaubnis erteilt worden ist, würde diese Gesetzesbestimmung so gut wie jede Bedeutung verlieren, weil sie leicht in einem Prozeß umgangen werden kann, in dem der Verkäufer eine Feststellungsklage des Käufers über das Eigentum an dem Grundstück anerkennen würde. Daß die Frage der Erwerbserlaubnis indispositiver Natur ist, bedeutet jedoch nicht, daß der ganze Prozeß indispositiv wird. Im übrigen ist das Gericht nämlich an die Behauptungen der Parteien, ihre Anerkenntnisse und Geständnisse gebunden.

Ein indispositives Moment der zweiten Art könnte man sich in der Eigenschaft einer Forderung als Spielschuld denken. Dem Gericht kann vernünftigerweise nicht auferlegt werden, alle anhängiggemachten Ansprüche in dieser Hinsicht zu untersuchen. Eine Untersuchung kann nur in Frage kommen, wenn das Gericht Anlaß zu dem Verdacht bekommt, daß es sich um eine Spielschuld handele.

Hinsichtlich der indispositiven Momente gibt es ein Gegenstück zur Behauptungslast, das der Verfasser „Informationslast" nennt. Daß eine Partei die Informationslast für eine Tatsache hat, bedeutet, daß es dieser Partei zum Nachteil gereicht, wenn das Gericht nicht das Vorhandensein eines indispositiven Moments bemerkt hat. In dieser Meinung kann eine Informationslast auch in einem völlig indispositiven Verfahren, ja auch im Strafprozeß vorkommen.

In Kap. 3 wird ferner die Frage behandelt, wie präzisiert eine Behauptung

sein muß. Mit dem schwedischen Prozeßgesetz ist die sog. Individualisierungstheorie nicht vereinbar (RB Kap. 42 § 2 Abs. 1 Ziff. 1). Der Klagegrund muß substantiiert sein. Aber in welchem Umfang? Es ist von vornherein klar, daß der *Sachverhalt,* auf den der Klage gestützt wird, so individualisiert sein muß, daß Fragen der Rechtskraft, der Rechtshängigkeit und der Klageänderung entschieden werden können. Wenn das nicht der Fall ist und der Kläger es unterlässt, der gerichtlichen Auflage, dem Mangel abzuhelfen, nachzukommen, wird die Klageschrift abgewiesen (RB Kap. 42 § 4 Abs. 1). Wenn dem Individualisierungserfordernis einmal nachgekommen ist, können jedoch allgemein formulierte Behauptungen in gewissem Maß gutgeheißen werden. In Wirklichkeit handelt es sich hier um einen Komplex von Tatsachen, welche in Bausch und Bogen unter einer gemeinsamen Bezeichnung behauptet werden. Dies muss in solchen Fällen zulässig sein, wo es typisch ist, daß die betreffenden Tatsachenkomplexe nicht streitig sind. Man nehme z.B. an, daß der Verkäufer die Bezahlung des Kaufpreises auf Grund eines Kaufvertrages verlangt. Wenn die Vereinbarung einmal hinsichtlich der Parteien, der Zeit und des Gegenstandes individualisiert worden ist, scheinen die verschiedenen Momente, die die Kaufabsprache konstituieren, d.h. die Momente, aus denen das betreffende Übereinkommen besteht, nicht besonders behauptet werden zu müssen, sondern der Verkäufer kann sie vereint unter der allgemeinen Bezeichnung „Kaufvertrag" behaupten. Danach ist die Einstellung des Beklagten entscheidend. Gibt er den Abschluss eines Kaufvertrages zu, ist eine weitere Präzisierung der Behauptung nicht erforderlich. Anderenfalls müssen die besonderen Momente entweder jedes für sich behauptet werden oder zusammengeschlossen in kleineren Gruppen, welche ihrerseits aufgeteilt werden müssen, wofern der Beklagte die Gruppen nicht im ganzen zugesteht. Auf die gleiche Weise muß es sich mit den Behauptungen präjudizieller Rechtsverhältnisse, z.B. des Eigentumsrechts, verhalten.

Für den Fall, daß der Käufer einwendet, daß der Kaufvertrag eine andere Sache als vom Verkäufer behauptet betroffen habe, darf nach des Verfassers Ansicht das Gericht nicht die Version des Käufers einem Urteil zu Grunde legen, in dem der Klage des Verkäufers entsprochen wird, es sei denn, daß der Verkäufer die Klage zumindest alternativ auf die letztere Version gegründet hat. Das Gericht darf nämlich nicht dem Verkäufer Bezahlung zusprechen für etwas anderes, als dieser verkauft zu haben behauptet.

In *Kap. 4* werden die „kontradiktorischen" und „konträren" Behauptungen behandelt (Der Verfasser schließt sich der Aufteilung der Logik in kontradiktorische und konträre Gegensätze an). Man nehme an, der Kläger habe die unmittelbar erhebliche Tatsache *A* (z.B. Mangel der Kaufsache), für welche er die Behauptungslast trägt, behauptet, und der Beklagte habe danach erklärt, er behaupte das kontradiktorische Gegenteil der Tatsache, *nicht-A* (kein Mangel). Der Beklagte stellt damit nach des Verfassers Terminologie eine kontradiktorische Behauptung auf. Eine solche unterscheidet sich nicht im Inhalt sondern nur hinsichtlich des sprachlichen Ausdrucks von einem Leugnen. Der Verfasser ist der Ansicht, daß es im schwedischen Recht keine Behauptungslast für solche kontradiktorischen Behauptungen gibt. Hat der Kläger z.B. einen Vertrag behauptet, und hat das Gericht gefunden, daß der Vertrag nicht zustandegekommen sei, kann das Gericht ein klagabweisendes

Urteil somit auf Nichtvorliegen des Vertrages stützen, auch wenn der Beklagte weder die Vereinbarung geleugnet noch kontradiktorisch Nichtvertrag behauptet hat.[2] Gemäß RB Kap. 35 § 3 schließt nur das Geständnis eine solche Prüfung aus.[3]

Nun verändern wir das Beispiel und setzen voraus, daß der Beklagte die Behauptungslast für *nicht-A* hat (z.B., daß der Kläger nicht gerügt hat) und dieses auch behauptet. Eine kontradiktorische Behauptung wäre hier, daß der Kläger den kontradiktorischen Gegensatz behauptet, nämlich daß er überhaupt gerügt habe. Wenn der Kläger sich damit begnügt, kann dann das Gericht das Urteil auf eine bestimmte, nicht besonders behauptete Rügehandlung, die im Beweismaterial erwähnt wird, stützen? Nein, das ist nicht möglich. Die einzelne Rügehandlung ist eine unmittelbar erhebliche Tatsache und kann in diesem Zusammenhang nicht ohne Behauptung berücksichtigt werden. Und weil die Rügefrage streitig ist, genügt in diesem Fall eine Behauptung der Rüge im allgemeinen nicht. Wenn die Rüge im allgemeinen mit *A* bezeichnet wird, kann jede denkbare einzelne Rügehandlung mit $A^1$, $A^2$, $A^3$ etc. bezeichnet werden. Wenn der Beklagte erst *nicht-A* und der Kläger darauf $A^1$ behauptet haben, so stellt das letztere nicht eine kontradiktorische Behauptung dar. Beider Behauptungen können falsch, aber nicht beide wahr sein. Der Verfasser nennt dafür die spätere Behauptung eine *konträre* Behauptung.

Hinsichtlich konträrer Behauptungen besteht also eine Behauptungslast. Man kann am besten sagen, daß die Partei, die zuerst *nicht-A* behaupten soll, eine *primäre* Behauptungslast hat. Diese trifft die Partei, der es nachteilig ist, wenn irgendeine Behauptung überhaupt nicht aufgestellt wird. Wenn aber *nicht-A* behauptet wird, hat die Gegenpartei eine *sekundäre* Behauptungslast für $A^1$, $A^2$, $A^3$ etc. Diese erhält Bedeutung also erst dann, wenn die primäre Behauptungslast erfüllt worden ist.

Die Voraussetzung dafür, daß eine sekundäre Behauptungslast gegeben ist, ist nicht nur, daß die primäre Behauptungslast eine negative Tatsache *(nicht-A)* betrifft. Darüber hinaus ist nämlich erforderlich, daß *nicht-A* den Gegensatz zu mehreren denkbaren Tatsachen ist, welche jedes für sich ein *A* bilden. Bisweilen ist dies nicht der Fall. Gegenüber der Behauptung, daß ein Schaden nicht durch eine bestimmte Handlung entstanden ist, wird nur ein Leugnen oder — gleichbedeutend hiermit — eine Behauptung erfordert, daß der Schaden auf diese Weise entstanden *ist*. Entweder liegt ein Ursachenzusammenhang vor oder auch nicht. In diesem Fall wird die spätere Behauptung kontradiktorisch, und irgendeine Behauptungslast ist in diesem Fall nicht gegeben.

Bedeutungsvoll ist schließlich die Verteilung der Beweislast. Wenn die Partei, die die primäre Behauptungslast für *nicht-A* hat, auch die Beweislast hierfür trägt, braucht die Gegenpartei nichts zu behaupten. Dann gewinnt

[2] Zur Vermeidung von Missverständnissen wird darauf hingewiesen, daß Nichtvereinbarung hier Nichtexistenz der vom Kläger behaupteten Vereinbarung bedeutet. Ebenso: Wenn *A*, zuerst behauptet, gleich ist mit einem bestimmten Fehler, ist *nicht-A* die Nichtexistenz gerade dieses Fehlers.

[3] Anders § 138 Abs. 3 ZPO. Der Unterschied wird bedeutungsvoll in solchen Situationen, in denen die Gegenpartei zu einer behaupteten Tatsache nicht Stellung nimmt, sie weder zugibt noch leugnet.

nämlich die Gegenpartei stets den Prozeß, soweit nicht die beweispflichtige Partei das Fehlen jedes denkbaren *A* behauptet und beweist. Hat dagegen — wie früher vorausgesetzt — die Gegenpartei die Beweislast, erzeugt dieses Verhältnis eine konträre Behauptung, da sie ihre Beweispflicht nicht erfüllen kann, ohne zunächst ein spezielles *A* zu behaupten.

In *Kap. 5* werden die *Subjekte* der Behauptung behandelt. Der Verfasser ist der Ansicht, daß der Behauptung einer Mitpartei keine Wirkung zum Vorteil einer anderen Mitpartei zuerkannt werden darf, soweit nicht eine besondere Streitgenossenschaft vorliegt.[4] Gleichermaßen kann eine Hauptpartei sich nur Behauptungen eines selbständigen Intervenienten, der nach schwedischen Recht Parteistellung hat, zugute rechnen.

Hiernach wird erörtert, wieweit nach schwedischem Recht eine subjektive Behauptungslast in dem Sinn vorliegt, daß die Behauptungslast einer Partei nicht durch Behauptungen der Gegenpartei erfüllt werden kann. In der Doktrin hat man hier vor allem die Situation behandelt, daß eine Partei für die Tatsache *A* die Behauptungslast hat, diese aber nicht behauptet, während die Gegenpartei (zu ihrem eigenen Nachteil) *A* behauptet; sog. antezipiertes Geständnis. Es muß jedoch beachtet werden, daß die Frage einer subjektiven Behauptungslast auch in einem anderen Fall aktuell wird. Der Verfasser setzt nach wie vor voraus, daß die Partei, die die Behauptungslast für *A* hat, die Aufstellung dieser Behauptung unterlassen hat. Aber diesmal behauptet die Gegenpartei (zu ihrem eigenen Vorteil) *nicht-A;* sog. antezipierte Bestreitung. Kann das Gericht in diesem letzteren Fall sein Urteil auf *A* gründen? Der Verfasser stellt folgendes Schema auf:

I. Der Kläger hat die Behauptungslast für *A;* der Beklagte behauptet *nicht-A.*
   1) Der Kläger leugnet darauf *nicht-A.* Das Leugnen kann hier gleichgestellt werden mit einer Behauptung von *A.* Wieweit das Leugnen ausreichend ist, hängt davon ab, ob ein einziges *A* als Gegensatz zu *nicht-A* gedacht werden kann, oder ob mehrere alternative Umstände $A^1$, $A^2$, $A^3$ etc. denkbar sind. Im ersteren Fall bedarf es weiter nichts als das bloße Leugnen, während im zweiten Fall die besonderen Umstände, welche ein *A* darstellen, besonders behauptet werden müssen.
   2) *Nicht-A* wird vom Kläger weder geleugnet noch zugegeben. Würde das Gericht hier sein Urteil auf ein von mehreren denkbaren *A* gründen, z.B. $A^2$, würde dies bedeuten, daß das Gericht ex officio die besonderen Momente, die dieses *A* bildeten, berücksichtigt hätte, was gegen RB Kap. 17 § 3 Satz 2 streiten würde. Wäre bloß ein einziges *A* als Gegensatz zu *nicht-A* denkbar, wäre es aus anderen Gründen unangebracht, das Gericht *A* berücksichtigen zu lassen.
   3) Der Kläger gibt *nicht-A* zu. Dadurch wird dieses unstreitig und das Urteil kann niemals auf *A* gestützt werden.

II. Der Kläger hat die Behauptungslast für *nicht-A,* der Beklagte beruft sich auf *A.*

[4] Gemäß RB Kap. 17 § 3 Satz 2 ist Behauptungssubjekt die *Partei.* Vgl. hierzu RB Kap. 14 § 8 Abs. 2. — Man beachte in diesem Zusammenhang den Wortlaut der erstgenannten Bestimmung: ». . .auf die sich die Partei nicht zur Begründung *ihrer* Klage bezogen hat».

1) Der Kläger bestreitet *A*.
   A) Nur ein *A* ist als Gegensatz zu *nicht-A* denkbar. Durch sein Leugnen hat der Kläger in Wirklichkeit *nicht-A* behauptet, das somit dem Urteil zu Grunde gelegt werden kann.
   B) Mehrere *A* sind denkbar, z.B. $A^1$, $A^2$, $A^3$.
      a) Die Behaptung des Beklagten betrifft das allgemeine *A* ohne besondere Bestimmungen. Infolge des klägerischen Leugnens kann das Urteil auf *nicht-A* gestützt werden.
      b) Der Beklagte behauptet ein besonderes *A*, z.B. $A^1$. Das Leugnen des Klägers ist in diesem Fall gleichbedeutend mit *nicht-*$A^1$. Damit hat der Kläger seine Behauptungspflicht nicht erfüllt, da er das generelle *nicht-A* behaupten soll.[5]
2) *A* wird vom Kläger weder geleugnet noch zugegeben.
   A) Nur ein *A* ist als Gegensatz zu *nicht-A* denkbar. Es erscheint unzweckmäßig, die Behauptung des Beklagten die für ihn schädliche Folge haben zu lassen, daß das Urteil auf A gegründet wird.
   B) $A^1$, $A^2$, $A^3$ etc. sind denkbar.
      a) Der Beklagte hat das allgemeine *A* behauptet. Entscheidung wie im vorigen Fall.
      b) Der Beklagte behauptet ein spezielles *A*, z.B. $A^1$. Der Kläger hat hier seine Behauptungspflicht für das generelle *nicht-A* umsoweniger erfüllt, als er nicht einmal $A^1$ bestritten hat.
3) Der Kläger gibt *A* oder z.B. $A^1$ zu. Das Urteil kann niemals auf *nicht-A* gestützt werden.

Hierauf wird das sog. antezipierte Geständnis behandelt.[6] Vorausgesetzt wird z.B. die Situation, daß der Beklagte die Behauptungslast für den Umstand *A* hat, aber es der Kläger ist, der *A* behauptet. Hier stellt der Verfasser folgendes Schema auf:

I. Der Beklagte gibt A zu. Das Urteil darf dann auf A gestützt werden, soweit nicht der Beklagte sich dagegen verwahrt. Dies ist der Fall, wenn der Beklagte erklärt: „Was der Kläger sagt (über *A*), ist wahr, aber ich will es nicht behaupten".

II. Der Beklagte erscheint nicht. Kann ein Versäumnisurteil gegen ihn auf *A* gestützt werden? Nach deutschem Recht lautet die Antwort auf diese Frage verschieden, je nachdem ob *A* ein Einrederecht begründet oder nicht. Es ist denkbar, daß dies auch nach schwedischem Recht so wäre, daß bestimmte Einredetatsachen erst in Verbindung mit irgendeiner Initiative von Seiten des Beklagten erheblich würden. Dieses Problem ist jedoch in Schweden unerforscht und es ist unbestimmt, welche Einreden zu der einen oder anderen Gruppe gezählt würden. Unter diesen Umständen und weil es deutlich ist, daß zumindest bestimmte Einredetatsachen, z.B. die der Verjährung, nur berücksichtigt werden dürfen, nachdem der Beklagte

[5] Beispiel: Daß der Kläger leugnet, daß der Beklagte im Brief vom 14. 7. gerügt habe, reicht nicht aus, die klägerische Behauptungspflicht dafür, daß der Beklagte überhaupt nicht gerügt habe, zu erfüllen.

[6] In diesem Zusammenhang muß darauf hingewiesen werden, daß nach schwedischem Recht sowohl Behauptungen als auch Geständnisse widerrufen werden können.

sie behauptet hat, hält der Verfasser es für am besten, dasselbe in sämtlichen hierhergehörigen Fällen gelten zu lassen.

III. Der Beklagte leugnet *A*. Der Verfasser weist den Gedanken zurück, daß das Gericht die Beweisaufnahme über A zulassen solle, und hält es für das Beste, daß das Urteil nicht darauf gestützt werden darf.

IV. *A* wird vom Beklagten weder zugestanden noch geleugnet. Nach schwedischem Recht sind Tatsachen, die weder zugegeben noch bestritten werden, beweisbedürftig. In diesem Punkt bringt der Verfasser die gleiche Begründung wie in II.

*Kap. 6.* In der Regel soll eine unschlüssige Klage durch ein Sachurteil abgewiesen werden. Es kann aber geschehen, daß die klagbegründenden Tatsachen entweder überhaupt nicht angegeben werden oder auch so undeutlich, daß die objektiven Grenzen der Rechtskraft nicht bestimmt werden können. In diesem Fall kann ein Sachurteil nicht in Frage kommen. Nach schwedischem Recht soll in diesem Fall die *Klageschrift* abgewiesen werden.[7]

Da nicht jede unschlüssige Klage durch Prozeßurteil abgewiesen werden kann, wäre es wünschenswert, es gäbe irgendeine andere Sanktion dagegen, daß der Kläger in der Klageschrift die Tatsachen, die er behaupten soll, unvollständig darlegt. Eine solche Sanktion könnte sein, daß der Kläger kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erhält, es sei denn daß seine Klage schlüssig sei. Der Verfasser erörtert, ob die Schlüssigkeit der Klage eine Bedingung für den Erlass eines Versäumnisurteils ist und beantwortet diese Frage bejahend. Das Gegenteil würde nämlich bedeuten, daß die Behauptungslast für Tatsachen, die zu behaupten der Kläger versäumt hat, *de facto* auf den Beklagten übergehen würde.

Der Verfasser geht danach zu einer Untersuchung über, nach welchem Prinzip die Behauptungslast verteilt werden muß. *Kap. 7* gilt einem Bericht und einer Kritik der Verteilungsgrundsätze, die in der europäischen, vor allem in der deutschen, österreichischen, französischen und skandinavischen Doktrin aufgestellt worden sind. Der Verfasser findet, daß man gewöhnlich ein gemeinsames Prinzip für die Verteilung von Behauptungslast und Beweislast aufgestellt und dabei regelmäßig nicht beachtet habe, daß die Gründe für eine bestimmte Verteilung der Behauptungslast andere sind als die, die die Verteilung der Beweislast motivieren.

In *Kap. 8* wird erörtert, ob ein freistehendes Prinzip für die Verteilung der Behauptungslast allein aufgestellt werden kann. Auf Grund der früher (in Kap. 1) angeführten Zwecke einer Behauptungslast ist der Verfasser der Ansicht, daß *die Behauptungslast zwischen den Partein so verteilt werden muß, daß das Prozeßmaterial nicht unnötig ausgeweitet, sondern so viel wie möglich begrenzt wird auf das wirklich zwischen den Parteien Streitige.* Die Regeln über die Behauptungslast müssen somit so gestaltet werden, daß sie verhindern, daß eine unbestimmte Anzahl alternativer Tatsachen (z.B. *nicht-$A^1$*, *nicht-$A^2$*, *nicht-$A^3$* etc.) zum Prozeßmaterial für das Urteil gemacht werden muß. Wei-

[7] In Schweden unterscheidet man zwischen 1.) »Urteil» (dom) = Sachurteil und 2.) »Beschluß (beslut). Von den letzteren gibt es zwei Arten, den »Endbeschluß» (slutligt beslut) = Prozeßurteil und den Beschluß während des Verfahrens.

ter muß die Behauptungslast betreffend solcher Tatsachen, die typischerweise oft unstreitig sind, auf eine solche Weise verteilt werden, daß diese Umstände in das Verfahren regelmäßig nur einbezogen werden müssen, wenn sie wirklich streitig sind.

*Beispiel 1:* Der Schuldner hat die Behauptungslast für Unwirksamkeitsgründe. Anderenfalls müsste der Gläubiger behaupten, daß kein einziger Unwirksamkeitsgrund vorgelegen habe, also weder Täuschung, Zwang, Geschäftsunfähigkeit etc.[8] Es erscheint nämlich ausgeschlossen, die Behauptungslast so zu verteilen, daß der Gläubiger das Fehlen gewisser Unwirksamkeitsgründe behaupten solle, der Schuldner dagegen die Existenz anderer Unwirksamkeitsgründe.[9]

*Beispiel 2:* Der Schuldner muß die Behauptungslast für die Bezahlung haben. Anderenfalls müssen Gläubiger in allen Forderungsprozessen die Nichtbezahlung behaupten und damit — oft unnötig — diese Frage im Prozeß aktualisieren.

Die Tatsache, daß ein freistehendes Verteilungsprinzip somit aufgestellt werden kann, führt jedoch an und für sich nicht mit sich, daß dieses neue Prinzip vorzuziehen wäre vor dem, die Verteilung der Beweislast entscheidend auch für die der Behauptungslast sein zu lassen. Wählt man das letztere, ergibt sich jedoch, daß man mit mehreren Ausnahmen rechnen muß. Wenn die Beweislast für Verschulden umgekehrt wäre und somit auf dem Schädiger liegen würde, der sich exculpieren muß, würde es gewöhnlich zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen führen, den Geschädigten auch von der Behauptungslast zu befreien. Wenn der Schädiger versuchen wollte, sich zu exculpieren, müsste nämlich der Prozeß anschwellen und jede denkbare Handlung und Unterlassung umfassen, die als fahrlässig beurteilt werden könnte. Das Verfahren würde äußerst schwer hantierlich und die Möglichkeit des Schädigers, der Verantwortung zu entgehen, würde ganz unbedeutend werden.

Gewisse Ausnahmen müssen also von einem Prinzip, gemäß welchem die Verteilung der Beweislast für die der Behauptungslast bestimmend ist, gemacht werden. Weitere Ausnahmen können sich wünschenswert zeigen. Werden aber die Ausnahmen zahlreich, sinkt der Wert des Hauptgrundsatzes. Bevor der Verfasser endgültig zur Wahl des Verteilungsprinzips Stellung nimmt, wird daher eine Anzahl gedachter typischer Fälle erörtert, wobei besondere Aufmerksamkeit den Situationen gewidmet wird, in denen die Behauptungslast nicht auf der Partei, die die Beweislast hat, liegen darf.

Zunächst werden — in *Kap. 9* — die rechtsaufhebenden Tatsachen behandelt. Der Verfasser ist aus Gründen, die ähnlich den früher hinsichtlich

[8] In diesem Zusammenhang kann erwähnt werden, daß der Verfasser die Theorie verwirft, es könne oft vermutet werden, daß der Kläger stillschweigend Tatsachen behaupte. Eine solche »Behauptung» ist gewiss eine reine Fiktion.

[9] Man nehme an, daß der Schuldner die Behauptungslast nur für einige aber nicht alle Unwirksamkeitsgründe habe und eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrages führe. Wenn dann der Schuldner keine andere Tatsache, als die Vereinbarung behauptete, könnte man nicht wissen, ob seine Klage als unschlüssig abzuweisen wäre auf Grund des Fehlens einer Behauptung irgendeines Unwirksamkeitsgrundes, für welchen er die Behauptungslast hätte, oder ob der Schuldner in Wirklichkeit einen Unwirksamkeitsgrund meinte, für dessen Fehlen der Gläubiger die Behauptungslast hätte.

der Bezahlung angeführten sind, der Auffassung, daß regelmäßig in diesem Fall der Schuldner die Beweislast haben muß. Das oben in Beispiel 2 hinsichtlich der Behauptungslast für die Bezahlung Angeführte müsste *mutatis mutandis* auch für die meisten anderen rechtsaufhebenden Tatsachen gefordert werden können. Irgendein Unterschied zwischen der Verteilung der Behauptungslast und der der Beweislast scheint in der Regel nicht erforderlich.

Dies gilt jedoch nicht immer. Bei der Einrede der Verjährung muß nach Auffassung des Verfassers die Behauptungslast so verteilt sein, daß der Schuldner die Verjährungsfrage durch die Behauptung, daß die Forderung älter als 10 Jahre sei, zu aktualisieren hat. Darauf hat dann der Gläubiger die Behauptungslast für die Unterbrechung der Verjährung. Doch hegt der Verfasser die Ansicht, daß starke Gründe dafür sprechen, daß der Gläubiger die Beweislast in *beiden* diesen Beziehungen haben muß. In der Frage hinsichtlich des Alters der Forderung würden demnach die Behauptungslast und die Beweislast verschiedene Parteien treffen.

In *Kap. 10* werden die rechtsbegründenden Tatsachen behandelt. Deren Kern besteht oft aus einem Vertrag oder aus einer unerlaubten Handlung. Regelmäßig verhält es sich so, daß der, der eine Forderung auf einen Vertrag oder eine schädigende Handlung stützen kann, sowohl die Behauptungslast als auch die Beweislast für die Existenz des Vertrages oder der Handlung hat. Zweifelhafter wird die Verteilungsfrage bezüglich der Vertragsbedingungen und anderer geringerer Punkte im Sachverhalt. Weiter widmet der Verfasser seine Aufmerksamkeit besonders solchen Situationen, in denen eine Forderung auf eine Unterlassung des Gegners gestützt werden kann oder wo gesagt wird, daß die Beweislast umgekehrt sei. Der Verfasser erörtert u.a. folgende Fälle:

1) Der Käufer verlangt bei Spezieskauf vom Verkäufer Schadensersatz auf Grund verspäteter oder ausgebliebener Lieferung. Hier hat der Käufer die Behauptungslast, während der Verkäufer beweisen muß, daß er rechtzeitig geliefert hat. Weiter hat der Verkäufer die Beweislast dafür, daß der Verzug nicht auf seinem Verschulden beruhte. Der Verkäufer hat hier auch die Behauptungslast für einen Kausalzusammenhang, der die Verzögerung ohne die Annahme einer culpa erklären kann. Jedoch meint der Verfasser, daß dann der Käufer die Behauptungslast für solche Umstände habe, deren Existenz an und für sich die Handlungsweise des Verkäufers als fahrlässig erscheinen lassen.[10] Doch trifft die Beweislast auch in diesen Beziehungen den Verkäufer.

Der Verkäufer kann jedoch gegenüber dem Begehren des Käufers eine andere Einwendung geltend machen wollen, nämlich daß der Verzug darauf beruhe, daß der Käufer nicht erschienen sei, um die Kaufsache abzuholen.

[10] Beispiel: Der Verkäufer behauptet, der Verzug sei durch ein Faktum *A* verursacht, das seinerseits durch das Faktum *B* verursacht worden sei. A + B scheinen den casus in sich zu schließen. Der Verkäufer hat nun zu behaupten entweder, daß *B* seinerseits durch die schuldhafte Handlung *C* verursacht wurde, oder daß *B* unter Berücksichtigung der Punkte $M^1$ und $M^2$ sich als schuldhaft darstelle. Der Käufer hat die Behauptungslast für *C*, $M^1$ und $M^2$. Dagegen braucht er nicht zu behaupten, daß keine anderen Umstände gegeben seien, die *C* oder $M^1 + M^2 + B$ deren schadensersatzverursachende Wirkung nehmen. Stattdessen ist es Sache des Verkäufers z.B. das Faktum *N* zu behaupten, das gemäß dem Verkäufer bedeutet, daß seine Handlungsweise gleichwohl nicht schuldhaft sei.

Hierfür hat der Verkäufer die Behauptungslast. Der Käufer hat dagegen die Beweislast, daß er tatsächlich erschienen sei. Er hat dann seinerseits die Behauptungslast dafür, daß die Kaufsache nicht zur Auslieferung bereitgehalten worden sei. Hier trifft den Verkäufer die Beweislast. Der Käufer kann auch die Behauptung wählen, daß der Verkäufer vertraglich die Versendung der Sache an den Käufer übernommen habe. In diesem Fall treffen sowohl die Behauptungs- als auch die Beweislast den Käufer.

2) Wenn der Verkäufer die Bezahlung des Kaufpreises begehrt, braucht er nicht zu behaupten, daß ein dem eingeklagten Preis entsprechender Preis vereinbart worden sei.[11] Im Gegenteil obliegt dem Käufer die Behauptungslast für die Vereinbarung eines niedrigeren Preises. Will er geltend machen, daß über den Kaufpreis eine Vereinbarung nicht getroffen worden sei, hat er dies konträr zu behaupten. Obwohl es so der Käufer ist, der die primäre Behauptungslast in der Frage über den Preis hat, hat der Verkäufer unter solchen Umständen die Beweislast.

3) Der Käufer hat Mängel der Kaufsache zu rügen. Er hat auch die Beweislast für die Rüge. Der Verkäufer aber muß die primäre Behauptungslast dafür haben, daß der Käufer nicht gerügt hat. Der Käufer hat sodann eine sekundäre Behauptungslast für eine bestimmte Rügehandlung.

4) Gerät der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug, und nimmt der Verkäufer daher Abstand vom Kaufvertrag, und verlangt er Schadensersatz, hat der Verkäufer die Behauptungslast für die Nichtzahlung, während der Käufer die Beweislast für die Zahlung hat.

5) Entsprechend verhält es sich, wenn ein Grundstückseigentümer oder Vermieter vom Pächter oder Mieter die Räumung wegen Verzugs mit der Zahlung der Pacht oder Miete fordern.

6) Ein Kraftfahrer stößt mit einer Person zusammen und fügt ihr Schaden zu. Er haftet für Verschulden, aber muß sich exculpieren. Der Verfasser behält die früher dargelegte Auffassung bei, daß der Geschädigte die Behauptungslast für die das Verschulden des Kraftfahrers konstituierenden Tatsachen hat.

7) Auch der Entleiher soll sich exculpieren, wenn die gelieferte Sache beschädigt wird. Besonders im Hinblick auf den Charakter der Leihe als einer Wohltat kann der Verfasser nicht die Auffassung ablehnen, daß der Entleiher sowohl die Behauptungs- als auch die Beweislast dafür tragen muß, daß er nicht schuldhaft gehandelt habe.

8) Wenn jemand erklärt, daß er Vollmacht besitze, und auf Grund dessen einen Vertrag mit einem Dritten schließt, der dann gegen den Vollmachtinhaber Klage mit der Behauptung des Fehlens der Vollmacht erhebt, hat der Dritte als Kläger in diesem Fall die Behauptungslast, während der Vollmachtinhaber die Beweislast für die Vollmacht hat.

9) Bei einfacher Bürgschaft ist Voraussetzung dafür, daß der Gläubiger sich an den Bürgen soll wenden können, daß der Hauptschuldner nicht die Schuld bezahlen kann. Dabei hat der Gläubiger die Beweislast, während den Bürgen die Behauptungslast trifft.

[11] Gem. § 5 Kaufgesetz (köplagen) soll der Käufer, wenn über den Preis keine Vereinbarung getroffen wurde, bezahlen, was der Verkäufer fordert, soweit dies nicht unbillig erscheint.

10) Der Verfasser vertritt die Ansicht, daß der Gläubiger zur Begründung seines Zahlungsbegehrens in gewöhnlichen Forderungsverfahren nicht die Fälligkeit der Forderung behaupten muss. Stattdessen muß den Schuldner die Behauptungslast für den Nichteintritt der Fälligkeit treffen. Die Beweislast obliegt jedoch dem Gläubiger.

11) Stützt der Kläger sein Begehren auf einen Vertrag oder eine andere Rechtshandlung, muß der Beklagte die Behauptungslast für das Fehlen allgemeiner oder besonderer Wirksamkeitsvoraussetzungen unabhängig von der Verteilung der Beweislast haben.

Diese Fälle sind nun an und für sich allzu wenige, als daß man auf Grund von ihnen eine bestimmte Meinung aussprechen könnte. Jedoch hat der Verfasser im Anschluß an diese Fälle Erwägungen angestellt, die genereller Art sind. Er ist so der Meinung, daß der von ihm für die Verteilung der Behauptungslast aufgestellte Grundsatz in allen Fällen angewendet werden zu können und zu befriedigenden Ergebnissen zu führen scheint. Auch gemäß der früheren Theorie, daß die Verteilung der Behauptungslast mit der der Beweislast übereinstimme, wird die Behauptungslast in manchen Fällen passend verteilt werden. Es müssen jedoch so viele Ausnahmen in diesem letzteren Fall gemacht werden, daß der Wert des Hauptgrundsatzes abgeschwächt erscheint. Jedoch dürften die Ausnahmen sehr oft zu bestimmten Sachverhaltsgruppen gerechnet werden können. Hinsichtlich der Individualisierungsmomente unter den rechtsbegründenden Tatsachen und solcher Tatsachen von dominierender Bedeutung, welche aus einer positiven Handlung des Verpflichteten bestehen — entweder allein (unerlaubte Handlung) oder in Verbindung mit dem Berechtigten (Vertrag) — kann man freilich regelmäßig davon ausgehen, daß die Verteilung der Behauptungslast mit der der Beweislast übereinstimmt, soweit die letztere nicht umgekehrt ist und dem Verpflichteten obliegt. In diesem letzteren Fall muß stets erwogen werden, wie die Behauptungslast verteilt werden soll. Das gilt auch in dem Fall, daß die dominierenden rechtsbegründenden Tatsachen aus einer Unterlassung des Beklagten bestehen.

Hinsichtlich der Behauptungslast für geringere Momente in dem rechtsbegründenden Ereignisverlauf kann man nie davon ausgehen daß die Verteilung der Behauptungslast sich mit der der Beweislast deckt. Es handelt sich hier um allerlei Bedingungen für den Eintritt der Rechtsfolge, Wirksamkeitsvoraussetzungen, Vorhandensein bestimmter Vertragsbedingungen, Fehlen anderer Bedingungen, Erfüllung von Bedingungen und andere rechtsbegründende Umstände, die zu einem späteren Zeitpunkt als der ursprüngliche rechtsbegründende Ereignisverlauf entstanden sind (z.B. Eintritt des Fälligkeitstages). Soweit solche Tatsachen nur in einer geringeren Zahl von Prozessen eines bestimmten Typs streitig zu sein pflegen, muß in einem Erfüllungsprozeß unter diesen Umständen der Beklagte die Behauptungslast haben. Betreffend der Wirksamkeitsvoraussetzungen stimmt vielleicht eine solche Verteilung in der Regel mit der der Beweislast überein. Im übrigen sollte dies häufig nicht der Fall sein, soweit man bezüglich der Verteilung der Behauptungslast Rücksicht nur auf die primäre Behauptungslast nimmt. Eine gewisse Richtschnur bei der Beurteilung der Frage, wie die Behauptungslast in diesen Fällen verteilt werden muß, kann wohl auch die Antwort auf die folgende Frage sein: Ist es angemessen und vernünftig, vom Kläger zu verlangen, daß er die betref-

fende Tatsache behaupten soll, um beim Ausbleiben des Beklagten ein Versäumnisurteil erhalten zu können?

Hinsichtlich der Behauptungslast für rechtsaufhebende Tatsachen sollte angenommen werden können, daß die Anknüpfung an die Beweislastverteilung in der Mehrzahl der Fälle gültig ist, soweit nicht die Beweislast umgekehrt ist und auf dem Kläger ruht.

# Citerad litteratur


Motiv till Rättegångsbalken den 18 juli 1942. I NJA II årg. 68 (1943) s. 1 ff. Stockholm 1944. (cit. *Motiven*)

Processlagberedningens förslag till Rättegångsbalk. II: Motiv m. m. (SOU 1938: 44) Stockholm 1938. (cit. *PLB*)

Alexanderson, Nils: Bidrag till läran om penninganvisning enligt svensk rätt. Diss. Uppsala. Uppsala 1904.

Almén, Tore, och Eklund, Rudolf: Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. 8 uppl. Stockholm 1963. (cit. Almén-Eklund: Avtal)

— Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. 4 uppl. Stockholm 1960. (cit. Almén-Eklund: Köp)

Alten, E.: Tvistemålsloven med kommentar. 3 utg. Oslo 1954.

Aubry, Charles, och Rau, C.: Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ. Tome XII. 5 éd., revu par *Étienne Bartin*. Paris 1922.

Augdahl, O.: Om bevisbyrden i tvistemål. Oslo 1929.

Augdahl, Per: anm. av *Hurwitz:* Tvistemaal (1941) i TfR årg. 55 (1942) s. 211 ff. Oslo 1942.

— Norsk Civilprosess. 3 utg. Trondheim 1961.

Azard, Pierre: L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français. Thèse Paris. Paris 1936 (tr. Évreux).

Bayer, Hermann: Entscheidungsgrundlagen im deutschen und österreichischen Zivilprozesse. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Richtigkeit des Urteils. Graz 1911 (tr. Teschen).

Beckh, Hermann: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1899 (tr. Nördlingen).

Bernhardt, Wolfgang: Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess. I Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, s. 9 ff. München & Berlin 1949 (tr. Augsburg).

Bethmann-Hollweg, August: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin & Stettin 1827 (tr. Berlin).

Betzinger, B.: Die Beweislast im Zivilprozess mit besonderer Rücksicht auf das Bürgerliche Gesetzbuch. 3 Aufl. Berlin 1910.

Blomeyer, Arwed: Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissenschaft) Berlin &c. 1963 (tr. Würzburg).

Bolding, Per Olof: Bevisbördan och den juridiska tekniken. Diss. Uppsala. Uppsala 1951. (cit. Bolding: Bevisbördan)

— Har försäkringsfallet inträffat? Några synpunkter på en bevisfråga. (Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 8) Stockholm 1952. (cit. Bolding: Försäkringsfallet)

Boman, Robert: Åberopsbördan i bilmål. I SvJT årg. 45 (1960) s. 387 ff. Stockholm 1960.

Bülow, Oskar: Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. Freiburg i. B. &c. 1899.

Cars, Thorsten: Åberopsbördan i bilmål. I SvJT årg. 45 (1960) s. 697 f. Stockholm 1960.

Cornu, Gérard, och Foyer, Jean: Procédure civile. Paris 1958.

Diemer, Hermann: Über die Beweislast bei der Befristung. Diss. Marburg. Marburg 1931 (tr. Gelnhausen).

Dunand, William: Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits. Diss. Genève. Genève 1940.
Dänzer, Otto August: Die tatsächliche Vermutung. Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis im Zivilprozess. Diss. Freiburg i. B. Mannheim &c. 1914.

Eckhoff, Torstein: Sivilprosess. 2 utg. Oslo & Bergen 1962.
Ekelöf, Per Olof: Samhällsåskådning och civilprocess. I SvJT årg. 26 (1941) s. 106 ff. Stockholm 1941.
— Förutsättningarna för ändring av talan i tvistemål. (Uppsala Universitets årsskrift 1941: 3) Uppsala &c. 1941. (cit. Ekelöf: Ändring av talan)
— Bevisvärde, tillräckligt bevis och bevisbörda. I Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt (Uppsala Universitets Årsskrift 1947: 6) s. 1 ff. Uppsala &c. 1947. (cit. Ekelöf: Bevisvärde)
— Kompendium över civilprocessen. I. 2 uppl. (stenc.) Uppsala 1951. II. 1 och 2 uppl. (stenc.) Uppsala 1949 resp. 1952. (cit. Ekelöf: Civilprocessen I resp. II; med det senare avses — om ej annat anmärkes — andra upplagan)
— anm. av *Bolding:* Bevisbördan i SvJT årg. 37 (1952) s. 216 ff. Stockholm 1952.
— Kompendium över rättsmedlen. (stenc.) Uppsala 1956. (cit. Ekelöf: Rättsmedlen)
— Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning VIII) Stockholm 1956. (cit. Ekelöf: Grundbegrepp)
— Ändring av talan. I SvJT årg. 42 (1957) s. 305 ff. Stockholm 1957.
— Rättegång. Första häftet, 2 uppl., andra, tredje och fjärde häftena. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XV, XIX, XXVII resp. XXXVIII) Stockholm 1963, 1958, 1961 resp. 1963. (cit. Ekelöf: Rättegång I, II, III resp. IV)
— anm. av *Olivecrona:* Rätt och dom i SvJT årg. 46 (1961) s. 359 ff. Stockholm 1961.
— Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins. I ZZP Bd. 75 (1962) s. 289 ff. Köln &c. 1962. (cit. Ekelöf: Beweiswürdigung)
— Advokaterna och domarens materiella processledning. Särtryck ur TSA 1962. Stockholm 1962.
Ekström, F. W.: Om borgen. 3 uppl. av Robert Ingman. Helsingfors 1947.

Fasching, Hans W.: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. Band I, Lieferung 11, ab § 171 bearbeitet von Johann Neuwirth, och Band II, Lieferung 13. Wien 1961 resp. 1962. (cit. Fasching I resp. II)
Fehr, Martin: Bidrag till läran om fordringspreskription enligt svensk rätt. Uppsala &c. 1913.
Fickel, Ludwig: Das Wesen der Beweislast. Diss. Erlangen. Erlangen 1934.
Fitting, Hermann: Die Grundlagen der Beweislast. I ZZP Bd. XIII (1889) s. 1 ff. Berlin 1889.
Friedenthal, Felix: Einwendung und Einrede in der Civilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer I: 5) Jena 1898.
Fränkel, Richard: Die Erkenntnis des Sachverhalts im bürgerlichen Rechtsstreite. I ZZP Bd. 47 (1918) s. 150 ff. Berlin 1918.

Gaius: Institutiones. Citerad efter den franska utgåvan med titeln Institutes, texte établi et traduit par Julien Reinach. (Collection des Universités de France, publiée sous le patronage de l'Association Guillaume Budé) Paris 1950 (tr. Lille).
Gerber, Hermann: Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast mit besonderer Beziehung auf gewisse obligatorische Verhältnisse, auf die Nichterfüllung und die Sicherung des Objects mittelst secundärer Leistungen. Jena 1858.
Gilli, Jean-Paul: La cause juridique de la demande en justice. Essai de définition. (Bibliothèque de droit public sous la direction de Marcel Waline, tome XLIV) Paris 1962.
Glasson, E., och Tissier, Albert: Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile. Tomes I—II. 3 éd. Paris 1925 och 1926.

Glasson, E., Tissier, Albert, och Morel, René: titel som föregående. Tome III. 3 éd. Paris 1929.
Goldschmidt, James: Behauptungs- und Beweislast bei der rei vindicatio des Vorbehaltseigentümers. I Judicium 3 Jahrg. (1931) sp. 41 ff. Mannheim &c. 1931.
— Zivilprozessrecht. 2 Aufl. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissenschaft, XVII) Berlin 1932 (tr. Leipzig).
Granfelt, O. Hj.: Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt. 2 uppl. Helsingfors 1911.
Guldener, Max: Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht. Zürich 1955.
Gärde, N., Engströmer, Thore, Strandberg, Tore, och Söderlund, Erik: Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Med kommentar. Stockholm 1949. (cit. Gärde)
Gönner, N. Th.: Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände. Band II, 2 Aufl. Erlangen 1804.

Hagerup, Francis: Den Norske Civilproces. Band I. 3 udg. Kristiania 1918.
Hammerich, K. Fr.: Forhandlingsmaximen som Grundsætning for Sagens Oplysning i Civilprocessen. København 1910.
Hassler, Åke: Extraordinär process och specialprocess. 2 uppl. (stenc.) Stockholm 1950.
Hedemann, Justus Wilhelm: Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches. (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer XI: 2) Jena 1904.
Hegler, August: Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Tübingen & Leipzig 1903 (tr. Freiburg i. B.).
Hellwig, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. III: 1. Leipzig 1909 (tr. Naumburg a/S.). (cit. Hellwig: Lehrbuch)
— System des Deutschen Zivilprozessrechts. Band I. Leipzig 1912 (tr. som föreg.). (cit. Hellwig: System)
Hurwitz, Stephan: Tvistemål. Hovedpunkter af dansk civilprocesret i domssager. 2 udg. ved Bernhard Gomard. København 1959.

Kallenberg, Ernst: Om qvalificeradt erkännande i civilprocessen. Lund 1896. (cit. Kallenberg: Erkännande)
— Svensk civilprocessrätt. Band I—II. Lund 1922—1939. (cit. Kallenberg I resp. II)
Kan, Marinus Leonard: Bewijslast en Bewijswaardeering. Diss. Amsterdam. Amsterdam 1921.
Kisch, Wilhelm: Die bestimmte Bezeichnung der Eidestatsache. I Festschrift, Paul Laband gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg, s. 165 ff. Tübingen 1908 (tr. Leipzig).
Kleinfeller, Georg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 2 Aufl. Berlin 1910.
Korsch, Karl: Die Beweislast beim qualifizierten Geständnis. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. Diss. Jena. Bonn 1911 (tr. Langensalza).
Krefft, Ernst: Einrede und Beweislast. Diss. Heidelberg. Borna—Leipzig 1906.
Kress, Hugo: Zur Lehre von der Beweislast nach dem Bürgerl. Gesetzbuche. Diss. München. Würzburg 1899 (tr. München).

Larsson, Sven: Förlikning i tvistemål. Diss. Uppsala. Uppsala 1958.
Lent, Friedrich: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess. Band II: Die prozessuale Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz. Leipzig 1916 (tr. Naumburg a. S.). (cit. Lent: Konkurrenz)
— Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozess. Teilkommentar zu §§ 138, 139 ZPO. (Juristische Praktiker-Bibliothek 6) Bad Oeynhausen 1942. (cit. Lent: Wahrheitspflicht)
— Zivilprozessrecht. Ein Studienbuch. 3. Aufl. München & Berlin 1949 (tr. Nördlingen). (cit. Lent: Zivilprozessrecht)

Leonhard, Franz: Die Beweislast. Berlin 1904 (tr. Weimar).
Levy, Ernst: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht. Band I. Berlin 1918.

Marc-Wogau, Konrad: Modern logik. Stockholm 1961 (tr. Örebro).
Martinius, E.: Zur Lehre von der Behauptungs- und Beweislast. I Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 24 (1904) s. 48 ff. Berlin 1904.
Matz, Siegfried: Om underdomarens materiella processledning i svensk ordinär civilprocess. Diss. Uppsala. Stockholm 1919.
Meyer, Hermann: Berücksichtigung von bewiesenen aber nicht behaupteten Tatsachen. I ZZP Bd. XXVIII (1901) s. 254 ff. Berlin 1901.
Morel, René: Traité élémentaire de procédure civile (Organisation judiciaire — Compétence — Procédure). 2 éd. Paris 1949 (tr. Saint-Amand-Montrond).
Motulsky, Henri: Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs.) Paris 1948 (tr. Fontenay-le-Comte). (cit. Motulsky: Principes)
— Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits. I Études de droit contemporain, Contributions Françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de Droit Comparé, Tome II s. 355 ff. (Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris XV) Paris 1959. (cit. Motulsky: Allégation)
Munch-Petersen, H.: Den danske Retspleje. Del II: Den borgerlige Retspleje. København 1918.

Neumann, Georg: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. Band I—II. 4 Aufl. Wien 1927 och 1928.

Olivecrona, Karl: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930. (cit Olivecrona: Bevisskyldigheten)
— Domen i tvistemål. (Skrifter utgivna av Juridiska Fakulteten i Lund II) Lund 1943. (cit. Olivecrona: Domen)
— Civildomens innebörd. I SvJT årg. 29 (1944) s. 721 ff. Stockholm 1944.
— Grunden och saken. Särtryck ur TJFF årg. 90 (1954) s. 312 ff. Helsingfors 1954. (cit. Olivecrona: Grunden)
— Rätt och dom. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXIV) Stockholm 1960 (tr. Lund). (cit. Olivecrona: Rätt och dom)
— Utsökning. 3 uppl. Lund 1962. (cit. Olivecrona: Utsökning)

Pagenstecher, Max: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1904.
Planck, Julius Wilhelm: Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts. (Lehrbücher des Deutschen Rechts, herausgegeben von Max Seydel) Band I. Nördlingen 1887. Band II: 1. München 1891 (tr. Nördlingen).
Pollak, Rudolf: System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes. 2 Aufl. Wien 1932.
Prieto Castro, Leonardo: Derecho procesal civil. (Manual) Tomo I Vol. 1. Zaragoza 1955 (tr. Madrid).

Reimann, Fritz: Behauptungs- und Beweislast im Falle des § 815 BGB. Diss. Breslau. Borna-Leipzig 1910.
Reinhold, Carl: Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast mit besonderer Rücksicht auf die Reichscivilprozessordnung und den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Berlin 1888 (tr. Naumburg a/S.).
Rodhe, Knut: Obligationsrätt. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XI) Stockholm 1956 (tr. Lund).
Rosenberg, Leo: Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse. I ZZP Bd. 49 (1924—25) s. 38 ff. Berlin 1925.
— Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung. 4 Aufl. München & Berlin 1956 (tr. Nördlingen). (cit. Rosenberg:

Beweislast)
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 9 Aufl. München 1961 (tr. Nördlingen). (cit. Rosenberg: Lehrbuch)

Salinger: anm. av Sobernheims nedannämnda skrift i ZZP Bd. 47 (1918) s. 333 ff. Berlin 1918.
Sauer, Wilhelm: Allgemeine Prozessrechtslehre. Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis. Berlin &c. 1951 (tr. Detmold).
Savatier, René: *note* till rättsfallet Dalloz 1928: 1 s. 153. Paris 1928 (tr. Tours).
von Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts. Band V. Berlin 1841.
Schmidt, Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2 Aufl. Leipzig 1906 (tr. Altenburg).
Schwab, Karl Heinz: Der Streitgegenstand im Zivilprozess. München & Berlin 1954 (tr. Nördlingen).
Schühly, Franz: Die Beweislast bei der auflösenden Bedingung und beim Vorbehalt. Diss. Heidelberg. Karlsruhe 1910.
Schönke, Adolf: Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 7 Aufl. Karlsruhe 1951.
von Seuffert, Lothar, och Walsmann, Hans: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band I. 12 Aufl. München 1932.
Seydel, Friedrich: Das ungünstige Parteivorbringen im Zivilprozess. Diss. Leipzig. Grimma 1933.
Sjöström, Bertil: Om tredskodom enligt finsk och svensk civilprocessrätt. Diss. Helsingfors. Helsingfors 1916.
Skeie, Jon: Den norske civilprosess. Band I—II. 2 utg. Oslo 1939 och 1940.
Sobernheim, Franz: Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozess. Berlin 1916.
Sohm, Rudolph: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17 Aufl., bearbeitet von Ludwig Mitteis, herausgegeben von Leopold Wenger. Berlin 1949.
Sperl, Hans: Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege. Band I. Wien 1930.
Stein, Friedrich: Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse. Leipzig 1893 (cit. Stein: Wissen)
— Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts. 3 Aufl., bearbeitet von Josef Juncker. Tübingen 1928 (tr. Leipzig). (cit. Stein: Grundriss)
Stein, Friedrich, Jonas, Martin, Schönke, Adolf, och Pohle, Rudolf: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Begründet von Ludwig Gaupp. Band I med Nachtrag 1—4. 18 Aufl. Tübingen 1953—1960.
Steinberg, Max: Ueber das Anerkenntnisurteil. (Ein Beitrag zur Urteilslehre.) Diss. Rostock. Münster 1912.
Stjernquist, Per Nilsson-: Om handräckningsutslag. (Skrifter utgivna av Juridiska Fakulteten i Lund VI) Diss. Lund. Lund 1946.
Strömberg, Tore: Åtalspreskription. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XII) Stockholm 1956 (tr. Lund).
Stölzel, Adolf: Schulung für die zivilistische Praxis. Band II. 4 Aufl. Berlin 1906.

Thesingh, Hendrik: De Grondslagen van de Bewijslast in de civiele Procedure. Diss. Groningen. s'Gravenshage 1961 (tr. Leeuwarden).
Troller, Alois: Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus. Basel 1945 (tr. Luzern).
Trygger, Ernst: Bevisskyldigheten i processen. I TJFF årg. 46 (1910) s. 325 ff. Helsingfors 1910. (cit. Trygger: Bevisskyldigheten)
— Om skriftliga bevis såsom civilprocessuellt institut. 2 uppl. Stockholm 1921. (cit. Trygger: Skriftliga bevis)
Tybjerg, E.: Om Bevisbyrden. Diss. København. København 1904.

Unger, Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Band II. 5 Aufl. Leipzig 1892.

Vahlén, Lennart: Formkravet vid fastighetsköp. Särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel. Diss. Stockholm. Stockholm 1951.
Vocke, Ernst: Die Beweislast beim Provisionsanspruch des Mäklers. Diss. Tübingen. Tübingen 1919.
Wach, Adolf: Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung, gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879. 2 Aufl. Bonn 1896. (cit. Wach: Vorträge)
— Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. I ZZP Bd. XXIX (1901) s. 359 ff. Berlin 1901. (cit. Wach: Beweislast)
Walsmann, Hans: Prozesszweck und Verfahren im Zivilprozess. I Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, 12 Jahrg. (1923), s. 414 ff. Mannheim &c. 1923.
Weber, Adolph Dieterich: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess. 2 Ausgabe von *August Wilhelm Heffter*. Halle 1832.
Weismann, Jakob: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. Band I. Stuttgart 1903.
Welamson, Lars: Om brottmålsdomens rättskraft. Diss. Stockholm. Stockholm 1949. (cit. Welamson: Rättskraft)
— Om anslutningsvad och reformatio in pejus. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning III) Stockholm 1953. (cit. Welamson: Anslutningsvad)
— Domvillobesvär av tredje man. Ett bidrag till läran om tredjemansskyddet i civilprocessen. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning IX) Stockholm 1956 (tr. Norrköping). (cit. Welamson: Domvillobesvär)
— Konkursrätt. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXXII) Stockholm 1961. (cit. Welamson: Konkursrätt)
Wetzell, Georg Wilhelm: System des ordentlichen Civilprocesses. 3 Aufl. Leipzig 1878.
Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I. 9 Aufl., bearbeitet von *Theodor Kipp*. Frankfurt 1906 (tr. Leipzig).
Wolff, Karl: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. 2 Aufl. (Rechts- und Staatswissenschaften, herausgegeben von L. Adamovich, A. Verdross-Drossberg & K. Wolff, nr 4) Wien 1947 (tr. Horn).
Wrede, Rabbe Axel.: Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt. Helsingfors 1884. (cit. Wrede)
— Finlands gällande civilprocessrätt. Band II. 4 uppl. av *O. Hj. Granfelt*. Helsingfors 1943 (tr. Tammerfors). (cit. Wrede II)

Zarzycki, Jean: De la demande en justice. Thèse Caen. Paris 1937.

Pris: 32 kr.

[64031]